ISBN 85-205-0157-5

# feminino

Livro que reúne artigos de diversos autores, dentro de uma abordagem multidisciplinar. Tendo como referência as leis e as práticas jurídicas, juristas, cientistas sociais, psicanalistas analisam a forma como o Direito exerce e cumpre, ou não, o seu papel na sociedade. É uma leitura indispensável para todas as pessoas hoje preocupadas com a Justiça em nosso país.

# masculino

THEMIS
Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero

Editora Sulina

feminino

IGUALDADE E DIFERENÇA NA JUSTIÇA

masculino

ORGANIZAÇÃO:
DENISE DOURADO DORA

Editora Sulina

Na mitologia grega, a união de Zeus, expressão máxima do exercício de poder, com Themis, filha do Céu e da Terra, vem estabelecer ordem, ritmo e medida ao reino. Themis, deusa da Justiça, atribui aos mortais os haveres do bem e do mal, fixa seus direitos e deveres, determinando nas consciências a conduta a seguir.

Transfigurada por muitos séculos do exercício de justiças e injustiças, Themis permanece sendo uma referência mítica da civilização ocidental e inspira o repensar da relação entre as mulheres e o Direito. Inspira um grupo de advogadas feministas a construir uma organização não governamental que trate de revelar a história de exclusões e conquistas femininas, com um projeto que rompe a lógica de estender direitos masculinos às mulheres e busca construir novas referências do que é ser humana no Direito.

A Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero foi fundada em 1993, com sede na cidade de Porto Alegre e desenvolve ações a partir de:

- programas de capacitação a mulheres acerca de seus direitos, entre os quais destaca-se o

Este livro é resultado do
*Seminário Internacional Feminino Masculino*
*Igualdade e Diferença na Justiça*,
relizado no ano de 1995 em Porto Alegre — uma promoção da
**Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero**,
que conta com o apoio das fundações Ford e MacArthur e do
Ministério da Justiça.

Direitos autorais reservados à
Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero
Rua dos Andradas, 1137/2201 - 90020-007
Fones: (051)225.9028 - 225.2025

feminino

# IGUALDADE E DIFERENÇA NA JUSTIÇA

masculino

**organização:**
**DENISE DOURADO DORA**

*Editora Sulina*
PORTO ALEGRE, 1997.

© de *Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero*, 1997.

Organização: *Denise Dourado Dora*, em colaboração com *Jussara Bordin* e *Stella Máris Valenzuela*

Capa: *Rogerio Costa Arantes, sobre arte de Flávio Wild*
Projeto Gráfico e editoração eletrônica: *Rogerio Costa Arantes*
Revisão: *Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero*
Fotolito de capa: *Total Digital*

Editor: *Luis Gomes*

CIP-BRASIL CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
Bibliotecária responsável: Rosemarie Bianchessi dos Santos CRB10/797

F288 Feminino Masculino: igualdade
e diferença na justiça/org.
de Denise Dourado Dora. –
Porto Alegre: Sulina, 1997.
208 p.

ISBN 85-205-0157-5
1.Direito. I.Dora, Denise Dourado

CDU 34

Todos os direitos desta edição reservados à
ORGANIZAÇÃO SULINA DE REPRESENTAÇÕES S.A.

Editora Sulina
Rua Riachuelo, 1218 - 2º andar - 90010-273
Fone/fax: (051)226.8711
e-mail: sulina@sulina.com.br

Distribuidora Sulina
Rua Cel. Genuíno, 290 - 90010-350
Fones/fax: (051)226.3866 - 226.3786 - 228.9146

Porto Alegre, RS

IMPRESSO NO BRASIL/PRINTED IN BRAZIL

# Índice

**Apresentação** . . . . . 13
Maria Berenice Dias

**A Construção jurídica da igualdade e da diferença** . . . . . 17
Kimberle Crenshaw

**Acesso à justiça: raça e gênero** . . . . . 27
Marco Antonio Scapini

**Igualdade e diferença - breves anotações acerca do estatuto ético do Direito moderno** . . . . . 31
Jeanine Nicolazzi Philippi

**Direitos Humanos: universalismo e utopia** . . . . . 43
Marcos Rolim

**Corpo, sexualidade e gênero** . . . . . 47
Maria Luiza Heilborn

**A Questão do gênero no Direito** . . . . . 59
Luis Alberto Warat

**Metade vítimas, metade cúmplices? A violência nas relações conjugais** . . . . . 73
Leila Linhares Barsted

**A Conjugalidade nos anos 90** . . . . . 85
Lúcia Serrano Pereira

**Os Conflitos conjugais no judiciário** . . . . . *93*
Rejane Brasil Filippi

**Sexo como arma e corpo como alvo: assédio sexual, prostituição e crimes sexuais** . . . . . *97*
Sandra Azeredo

**Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?** . . . . . *105*
Vera Regina Pereira de Andrade

**Família e criança: leis e mediadores na sociedade de classes** . . . *131*
Claudia Fonseca

**Práticas jurídicas e ritos sociais na infância e adolescência** . . . *147*
Domingos Dresch da Silveira

**A Sacralidade da vida e o aborto: idéias (in)conciliáveis** . . . . *153*
Silvia Pimentel

# Apresentação

**Maria Berenice Dias**

*Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Presidenta da Associação das Mulheres de Carreira Jurídica - RS*

Há palavras que não merecem existir somente durante o momento em que são pronunciadas. Também idéias há que não se podem perder, por traduzirem posicionamentos tão inovadores e arrojados que necessitam permanecer para plasmar novas posturas.

Realizar um seminário de âmbito internacional, abordando tema tido como verdadeiro tabu — a discriminação contra a mulher — já revela, por si só, uma grande coragem. Cristalizar o que foi dito em uma publicação evidencia que se acredita no que se fez, e se vai mais além: assume-se a responsabilidade de denunciar fatos, ampliar horizontes, enfim, vincar a trajetória da sociedade para que retrate o momento atual, qual seja, uma nova realidade que urge ser encarada sem preconceitos.

Não poderia ser de ninguém mais a iniciativa de realizar um seminário internacional intitulado "Feminino - Masculino: Igualdade e Diferença na Justiça". A THEMIS, que em seu próprio nome já assinala o lado feminino da justiça, é a entidade que mais tem se dedicado ao estudo das questões de gênero. Além de dispor de um serviço de atendimento jurídico às mulheres vitimadas, presta assessoria a órgãos governamentais, entidades e parlamentares. Inédito o seu Programa de Formação de Promotoras Legais Populares, capacitando, mediante cursos, líderes comunitárias femininas a respeito dos mecanismos judiciais, direitos humanos e constitucionais, principalmente com relação à violência, direitos reprodutivos e discriminação racial. Dessa proposta surgiu o SIM — Serviço de Informação à Mulher —, que, por meio de debates, reuniões e estudos, busca criar condições para que a própria comunidade resolva suas demandas. Mas não é só. Recebeu o primeiro lugar no Prêmio Nacional de Direitos Humanos em 1996, outorgado pelo Ministério da Justiça, na

categoria "organizações não-governamentais".

Tal bagagem permite que se vislumbre o referencial que permitiu juntar um punhado de renomados nomes, cujas exposições, sem exceção e sem qualquer favor, mereceriam integrar este volume. A alentada dimensão do evento impossibilitou a reprodução integral de tudo o que foi dito, impondo a necessidade de uma difícil seleção, que não se prendeu a qualquer critério valorativo, mas à simples necessidade de adequação à proposta do trabalho.

A THEMIS foi sensível à advertência sobre as conseqüências de celebrar as vitórias e conquistas sem deixar de continuar a luta, para que os ganhos sejam mantidos, feita por Kimberle Crenshaw, professora de Direito da Universidade de Columbia, da cidade de Nova Iorque, que se intitula uma advogada, uma acadêmica, uma afro-americana, feminista, estruturalista e pós-moderna, e que faz a conferência de abertura sobre "A Construção Jurídica da Igualdade e da Diferença".

Basta ver os nomes e as titulações dos participantes, e atentar aos temas que foram abordados, para se dimensionar o que foi o evento e os positivos resultados que alcançou. Por isso a indispensabilidade da presente publicação, preciosa contribuição à causa da mulher.

Como a igualdade constitucionalmente garantida não basta para se ter como eliminada a discriminação contra as mulheres, imperioso que se continue a realizar eventos, publicar livros, enfim, provocar momentos de reflexão, principalmente nos operadores do direito. São os partícipes da cena judiciária que possuem o mais conservador discurso, cujas posições, aparentemente buscando preservar a moral da família patriarcal, acabam por concretizar discrimes obsoletos, anacrônicos e incoerentes.

O atual perfil da mulher, despida da domesticidade que a aprisionava nos limites do lar, afastou-a das tradições que a fragilizavam e fê-la adquirir consciência de sua plena cidadania e capacitação social. Tais mudanças necessitam ser percebidas por todos, até pelas próprias mulheres, mas principalmente por aqueles que têm a função de formatar as normas que regram a vida e por quem as aplica, para que o façam livres de ranços preconceituosos.

Louvável o esforço do movimento feminista em denunciar de forma sistemática a necessidade de conscientização de que não mais se pode tolerar quaisquer formas de violência, constrangimento ou preterição a que vêm sendo expostas as mulheres, que correspondem à maior parcela da população.

Ainda há muito o que dizer, pois muito ainda tem que ser mudado. Por isso, o tema não se exaure e são indispensáveis reflexões de natureza jurídica, divulgando conclusões mais universalizadas e meditativas, que habitam o universo do direito e que capacitam a oferecer um verdadeiro sopro vivificante às mais estéreis conceituações, conforme bem sustenta Sônia do Canto[1].



Basta um simples olhar para os números assustadores de violência contra a mulher para que se louvem iniciativas como esta, pois o único caminho para se eliminar esse triste quadro é levantar a cabeça, desfraldar bandeiras, gritar a uma só voz, para que não se tenha dúvida de sermos ouvidas.

**Porto Alegre, setembro de 1997.**

---

Notas

[1] Jornal Mulher, *7ª ed., p. 2.*

# A Construção jurídica da igualdade e da diferença[1]

**Kimberle Crenshaw**

*Professora da* Columbia University/New York City, *autora de diversos livros sobre gênero, raça e direito. Atuou no caso Anita Hill x Clarence Thomas*

Estou muito entusiasmada por ter recebido este convite e compartilhar algumas idéias com vocês, idéias sobre a relação entre o direito e a mudança social, particularmente no que diz respeito ao feminismo e à questão de gênero. É um prazer especial estar com todos vocês aqui nesta noite. E gostaria de agradecer a THEMIS pelo amável convite. Espero que esta seja uma de outras tantas viagens ao Brasil.

Fui solicitada a falar esta noite sobre direito, diferença e mudança social. É uma alegria dividir com vocês algumas reflexões sobre a história do movimento dos direitos civis nos Estados Unidos e da forma como se usou a lei para atingir uma mudança social substantiva. Inicialmente teria que fazer algumas ressalvas ou restrições; minhas reflexões não vão consistir numa espécie de celebração da lei e nem quero dizer que os padrões que seguimos nos Estados Unidos são aplicáveis em toda a parte. Ao invés disso pretendo fazer uma reflexão sóbria, porque nós aprendemos nos EUA quais são as conseqüências de celebrar as vitórias e conquistas sem deixar de continuar a lutar para que os ganhos sejam mantidos. Acho importante também esclarecer que aquilo que vou oferecer, parte de uma consideração que muitos consideram incompatível e excludente e estas idéias cobrem uma gama que vai do pessoal, passando pelo político e chegando ao teórico. Por exemplo: a concepção do direito com a qual eu trabalho, entende que a lei tanto molda a opressão social, quanto proporciona resistência e reforma. As leis podem, algumas vezes, proporcionar aberturas em algumas áreas e simultaneamente manter o *status quo* em outras.

A partir de nossa história nós não temos condições de prever quando a lei vai facilitar a mudança social e quando vai fortalecer o *status quo*. Sabemos

que as respostas a estas perguntas são situadas historicamente e, até certo ponto, também culturalmente. O que nós observamos é uma reflexão híbrida: uma noção de que a lei de fato influenciou a mudança, mas também simultaneamente funcionou como limitação à abrangência desta mudança. Acrescento a isto também, um caráter híbrido pessoal: eu sou uma advogada, uma acadêmica, uma afro-americana, uma feminista, uma estruturalista e uma pós modernista e creio que o direito está em toda parte e ao mesmo tempo está incompleto.

Primeiro vou apresentar o contexto que mostra como a lei pôde ser usada por certos grupos nos EUA que visavam mudança social. Nos EUA, os Tribunais Federais foram as instituições mais receptivas às demandas e exigências de igualdade social e, de fato, as leis que foram usadas pelos tribunais federais têm mais de cem anos de idade. A igualdade formal, particularmente no que diz respeito à raça foi atingida após a guerra civil, mas essa igualdade formal não foi traduzida em igualdade substantiva, em parte pela interpretação muito limitada da lei, por parte dos Tribunais Federais. Então, nós aprendemos historicamente duas lições desse processo; em primeiro lugar, ter garantias constitucionais e estatutárias da igualdade não garante efetivamente a igualdade, e que os tribunais têm a mesma probabilidade de proteger a nós como o *status quo*. E para mostrar como a igualdade formal não assegura necessariamente a igualdade substantiva vou lhes apresentar um caso que ocorreu no século passado nos EUA e que ilustra muito bem isso.

Esse caso envolve especificamente a questão de raça, mas também pode ser aplicado à questão do gênero; o que estava em jogo era se a segregação racial violava a igualdade garantida na Constituição e o tribunal decidiu que a segregação era coerente com a igualdade, porque em termos estritos, tanto negros e brancos eram tratados de maneira igual. Não se permitia que os negros sentassem nos carros dos brancos e os brancos não podiam sentar nos carros dos negros, portanto isso significa igualdade. O que o tribunal excluiu da sua análise foi o simbolismo e a diferença substantiva entre os carros dos brancos e os carros dos negros, excluiu o próprio significado da segregação. No que diz respeito ao sentido da segregação, o tribunal afirmou que a função da lei deveria ser neutra, que não poderia forçar a igualdade social e que a lei deveria ser neutra no tocante à desigualdade social entre as raças.

Então nós vemos como a igualdade é um conceito manipulado e como a neutralidade pode ser manipulada para legitimar a dominação social. Este caso e outros similares impediram o uso da lei por quase sete décadas, até que o movimento pelos direitos civis e os movimentos feministas ressuscitaram esta lei como base para mudança social. Sobre este pano de fundo, as feministas usaram estas leis para contestar a exclusão das mulheres de oportunidades de emprego e de outras oportunidades na sociedade. Sua argumentação, oriunda do pensamento aristotélico, era que iguais devem



ser tratados de forma igual e desiguais de forma desigual. A estratégia central era afirmar que as mulheres são iguais aos homens e, portanto, a sua discriminação é irracional e inconstitucional.

Esta estratégia teve sucesso limitado, tendo sido melhor sucedida nas áreas em que a exclusão das mulheres era irracional ou simplesmente produto do preconceito cultural. As mulheres tiveram acesso a todas as escolas masculinas, às indústrias que eram dominadas pelos homens como construção, policiamento e outras áreas nas quais as restrições às mulheres eram baseadas em tradições históricas; por exemplo: as mulheres passsaram a poder fazer testamentos.

No entanto, vários problemas surgiram em decorrência do uso do padrão da semelhança, como base para a igualdade. Em primeiro lugar, a maioria dos queixosos nos casos mais antigos eram homens. Por exemplo, num dos casos-chave, a Suprema Corte sustentou que era inconstitucional que nas forças armadas os homens tivessem que fazer prova de que eram dependentes de suas legítimas esposas e não no reverso. Ou, por exemplo, quando as pensões ou seguros sociais eram automaticamente concedidos às viúvas e não aos viúvos. Então, a igualdade exigia que os viúvos fossem tratados da mesma forma que as viúvas, e que os homens dependentes fossem tratados da mesma forma que as mulheres dependentes.

Agora, estes eram problemas, mas eram problemas menores em comparação aos enormes problemas que as mulheres enfrentavam na sociedade. E esses eram problemas que o "padrão da igualdade" não podia combater. Os críticos apontaram que os maiores beneficiados do padrão de igualdade eram homens e mulheres incomuns. Por exemplo, nos departamentos policiais as regras tradicionalmente exigiam que todos os candidatos fossem homens. A igualdade formal demandou que a discriminação de gênero fosse removida e o que substituiu foram restrições de peso e altura. Então, esta regra se mostrou eficaz para as mulheres que medissem mais de 1m80cm e pesassem mais de 90Kg, mas para a maioria das mulheres não teve efeito algum.

As feministas começaram a ver que, enquanto o argumento para a igualdade era somente o de que "eles são iguais a nós", a abrangência da lei seria obviamente limitada. Assim começamos a pensar como poderíamos incorporar a diferença na igualdade. Isso naturalmente criou uma crise para o direito, porque a lei estava habituada a tratar coisas iguais de forma igual e coisas diferentes de forma diferente. E como se pode tratar de maneira igual coisas que são diferentes? Esta é a fonte de muitos problemas com os quais nos deparamos, por exemplo, ao lidar com a questão da gravidez. Inicialmente, nós tentávamos mostrar que a discriminação por causa da gravidez era uma discriminação de gênero, por que só as mulheres ficam grávidas. No entanto, a Corte Suprema decidiu que a discriminação por causa da gravidez não é uma discriminação de

gênero, porque nem todas as mulheres ficam grávidas, então, a distinção que a Corte fez nesse caso foi uma distinção entre pessoas grávidas e não-grávidas, portanto essa discriminação foi vista não como uma discriminação de gênero. Esta ainda é a norma constitucional nos EUA. Nós estamos aptas a usar normas de igualdade estatutária para obter tratamento igual e excluir a discriminação no caso de gravidez.

Contudo, mesmo a concessão de benefícios à gravidez tem suscitado questões de injustiça aos homens. Esta questão causou uma cisão no movimento feminista, com algumas correntes dizendo que, se as mulheres são diferentes, elas devem ser tratadas diferentemente, e outras mulheres dizendo que todos devem ser tratados igualmente: se nós recebemos licença maternidade, os homens também deveriam receber. De outra sorte, argumentam, nossa diferença será eventualmente utilizada contra nós, quando, ao contrário, todos os trabalhadores poderiam ser beneficiados tendo algum tipo de licença para cuidar dos bebês.

Outras feministas, denominadas de "feministas da dominância", entram em cena, e elas argumentam que o debate entre as "feministas da igualdade" e as "feministas da diferença" é uma falsa dicotomia. Elas argumentam que, tanto na igualdade quanto na diferença, o masculino é a medida para a igualdade das mulheres. Se a semelhança é o padrão, as mulheres obtém igualdade na medida em que são iguais aos homens. E se a diferença é o padrão, então elas somente obtém igualdade quando são diferentes dos homens. Algumas feministas questionam o masculino como medida para a mulher receber tratamento igual, em resposta àquelas que afirmam que a diferença, ou o reconhecimento da diferença, constitui o tratamento especial à mulher. Estas feministas afirmam que a sociedade é que dá tratamento especial aos homens, e dizem que os interesses masculinos moldaram os locais de trabalho, a política e um grande número de instituições sociais. Portanto, o reconhecimento atual das diferenças das mulheres somente equaliza aquilo que já ocorreu.

Eu gostaria de oferecer-lhes uma citação de uma liderança feminista nesta questão, Catherine McKennon, que mostra a essência desse tipo de feminismo: "O que está escondido é a forma substantiva pela qual o homem se transformou na medida de todas as coisas. Pela perspectiva do padrão da igualdade as mulheres são medidas de acordo com a sua correspondência ao homem, nossa igualdade é julgada pela proximidade da medida dele. Pela perspectiva do padrão da diferença, nós somos medidas de acordo com a nossa falta de correspondência aos homens, nossa feminilidade é julgada pela distância de sua medida. Assim sendo, a neutralidade de gênero é simplesmente o padrão masculino, e a regra para a proteção especial é simplesmente o padrão feminino. Mas não nos deixemos confundir: o masculino é o referencial para ambos". Desta forma, o ponto central para as "feministas da dominância" é que a igualdade não é um



problema de diferença, é um problema de relacionamento, de hierarquia e de dominação. E na sua concepção, o objetivo da lei é fazer que essas diferenças não sejam usadas contra as mulheres, mas este projeto chegou ao impasse neste ponto. Os tribunais têm rejeitado amplamente o padrão de dominância de Catherine McKennon e têm instituído a igualdade formal como limite ao direito à igualdade. Entretanto, há outras maneiras da discriminação de gênero reproduzir-se na lei, eu gostaria de tratar deste tema agora.

Falei sobre os desafios da igualdade no contexto da diferença e de localizar a diferença entre as mulheres e também de ver que todos são diferentes uns dos outros, homens e mulheres. Outro projeto substancial no qual nos envolvemos é desenvolver um projeto de teoria e prática, para revelar como o gênero é reproduzido dentro do Direito e como a lei, por sua vez exerce a função de produzir o poder de gênero. Muitos reconhecerão este projeto como híbrido entre causas estruturais de poder, onde o poder é imposto de um grupo sobre o outro e noções mais pós-modernas de poder, que observam como o poder é produzido nas relações entre diferentes pessoas, em todos os tempos e lugares.

Teóricas feministas e raciais têm lutado para revelar como o Direito participa na construção do poder social, já que molda as regras para a interação entre estes grupos. Vou dar um exemplo desvinculado do contexto de gênero e de raça que explica melhor a questão: aprendemos a ver a relação entre empregados e empregadores como algo natural, mas a negociação que ocorre entre os dois é moldada por normas legais. Podemos tomar as leis de propriedade como exemplo, se os trabalhadores tivessem direito de ocupar os seus locais de trabalho num conflito trabalhista, poderia ter um efeito diferente sobre a maneira como os conflitos trabalhistas são negociados, enquanto nós sabemos que quando os trabalhadores têm acesso à greve o seu poder de barganha aumenta por causa disso. Isto não determina o resultado, mas é uma mudança das normas que aumenta o seu poder.

As feministas, de forma semelhante, buscam hipóteses em que as regras entre homens e mulheres moldam as relações de poder entre eles. Considere a violência doméstica. Tradicionalmente, nos EUA a lei não regulamentou a violência doméstica, argumentando que esta é uma questão de âmbito privado, em que o Estado "pára em frente à porta".

A imagem do Estado parando em frente à porta é provavelmente muito responsável pela formação da idéia de violência privada, e de fato estimulou a violência por remoção das responsabilidades aos homens que a cometem. De certa forma, a lei dava uma licença a este tipo de violência, na medida em que ela dizia que a violência contra o cônjuge é algo permitido, diferente da violência cometida contra colegas, amigos e outras pessoas que não pode ser cometida. Um adendo à privatização da violência é a negação à mulher de buscar outras maneiras de auto-ajuda. Elas estão impedidas de usar qualquer meio

disponível para estancar a violência. Por exemplo, as mulheres não podem usar instrumentos fatais para estancar a violência se não estiverem em meio a um combate frontal. Essa é uma norma legal que molda seu relacionamento. Adiciona-se a isto as regras que penalizam a mulher por abandono do lar nas disputas por custódia, ou as regras que definem a custódia das crianças nos divórcios, a partir do critério de melhor situação financeira dos pais.

Todas as regras moldam as diferenças de poder nos relacionamentos domésticos entre homens e mulheres. O resultado disso é que o custo da violência doméstica e seu risco são suportados quase exclusivamente pelas mulheres, em oposição ao abusador. Assim sendo, ao negar às mulheres certas opções e permitir certas liberdades aos homens, poder-se-ia afirmar que a lei contribui na estruturação do relacionamento e compartilha o peso da responsabilidade da violência doméstica. Desta forma, a lei não age somente quando proíbe, ela também age numa perspectiva própria de gênero.

Deixe-me mostrar algumas diferentes formas em que o direito molda relações de gênero e gênero molda o direito. Considere a regra sobre "o calor da paixão" na defesa em assassinatos, que aqui no Brasil é conhecida como "defesa da honra". A lei segue padrões culturais ao permitir aos defensores utilizar este argumento em algumas circunstâncias. Nos EUA, estas circunstâncias envolvem a cresça de que a esposa estava cometendo adultério.

O feminismo, então, argumenta que a lei simplesmente facilita o poder masculino, endossando uma visão de gênero sobre "comportamento adequado" da mulher e do homem. Pensem o que poderia acontecer se fosse a mulher que matasse nas mesmas circunstâncias. Sua defesa seria rejeitada, porque a pressunção de que não é razoável para uma mulher reagir daquela maneira. Nesta situação, a lei simplesmente reproduz padrões culturais e fornece sanção legal para a forma com que os homens e as mulheres são engendrados.

Talvez o melhor exemplo seja o caso "Anita Hill vs. Clarence Thomas", que é um paradigma sobre as questões feministas acerca do papel da lei e da adequação das mulheres. O caso mostra como, mesmo através de categorias legais aparentemente neutras, o poder dos homens sobre as mulheres, em algumas circunstâncias, é facilitado. Pense sobre as audiências do caso "Anita Hill vs. Clarence Thomas.

Supostamente Anita Hill estava sendo examinada pelos Senadores que determinariam se ela era ou não confiável. Mas credibilidade é um conceito influenciado pela questão de gênero. As coisas que pressupõem a credibilidade feminina não têm nenhum efeito na credibilidade dos homens.

Cada uma das testemunhas contra Anita Hill usou um estereótipo aplicável apenas às mulheres. E eles, apresentam uma narrativa que a coloca como vilã. Em uma história, ela era simplesmente uma megera ciumenta, porque não conseguia homem por si mesma, então inventou uma história para criar problemas ao juiz Clarence Thomas. Simultaneamente, e em contradição, outra história contava que ela era apenas uma "mulher perdida", que fazia sexo com qualquer um e este era apenas outro exemplo de seu desejo de tornar pública sua patologia sexual. Uma terceira história afirma que ela era uma pessoa só e patética que imaginava casos e relacionamentos com pessoas que não poderia ter por si mesma.



Todos estes estereótipos foram apresentados contra ela como forma de sabotar a sua credibilidade. Não havia nenhum foco em Clarence Thomas, suas ações e sua vida privada. Em termos objetivos havia informações que poderiam afetar a credibilidade dele, por exemplo, sua freqüente troca de posições para obter benefícios para sua carreira política, a afirmação de que ele nunca tinha discutido uma série de questões controvertidas frente ao comitê do judiciário e seu uso e consumo de pornografia. Todas essas informações poderiam afetar a credibilidade dele, mas o Senado entendeu estas informações como irrelevantes. Aqui nós temos um exemplo de que a conduta das mulheres e a sua vida privada é submetida a um escrutínio intenso e as prerrogativas masculinas raramente são examinadas. Só se a mulher passa por este teste de credibilidade é que o foco é mudado para o homem.

Um bom paralelo ao caso Clarence Thomas é a tradicional função "do padrão da máxima resistência" no estupro. A legislação do estupro nos EUA exigia que as mulheres resistissem ao máximo, até quase à morte, para provar que, de fato, haviam sido estupradas.

Elas tinham que mostrar hematomas e cicatrizes e, se elas se deixassem abater ou parassem de resistir, a presunção era de que havia consentido ao sexo. Assim, o foco era nela ("ela lutou suficientemente?"), ao invés de enforcar o homem acusado ("porque ele a colocou nesta situação contra a qual ela teve que lutar?"). De fato, a mulher foi mais penalizada por permitir sexo depois de ter sido espancada, ou chocada, ou ameaçada, do que o homem penalizado por ter em primeiro lugar feito tudo isso.

Estes exemplos mostram como as prerrogativas dos homens com respeito ao sexo e muitas outras questões são reforçadas pela lei. O mesmo, no contexto do assédio sexual. Por exemplo, as mulheres poderiam dizer: "Porque fazer perguntas sobre porquê? Porque não fazer perguntas sobre porque você a submeteu a este tipo de comportamento?" As feministas poderiam usar um caso judicial para mostrar as sutis maneiras em que a lei neutramente funciona para reproduzir poder social entre homens e mulheres. Entretranto, o movimento feminista norte-americano cometeu um equívoco na medida em que politizou o caso Anita Hill, o que me leva ao próximo ponto: o desafio da diferença dentro do feminismo.

Eu estava falando sobre o quanto a lei limita o alcance da igualdade pelo uso da diferença de gênero como justificativa e como isto contribui para trans-

formar diferença em dominação. A jurisprudência e as práticas feministas têm empreendido críticas à lei e outros discursos por não lidar com a diferença. Ironicamente, contudo, algumas feministas são objetos da mesma crítica dentro do próprio movimento. Mulheres negras e pobres argumentam que o feminismo está pouco sensível para a diferença.

Retornando ao caso Anita Hill, por exemplo, as feministas foram incapazes de entender o que significava a "raça" de Anita Hill para a sua credibilidade. Nos EUA a credibilidade das afro-americanas tem sido sempre questionada nos casos de abuso sexual. Nos anos 80, ainda tão recentemente, os juizes instruíam os jurados a tomar a palavra de uma afro-americana com uma pitada de sal suspeitosamente, que as mulheres afro-americanas tinham práticas sexuais diferentes e que você não pode tomar sua castidade como certa.

Visto sobre esse pano de fundo histórico era esperado que o testemunho de Anita Hill fosse recebido com alguma suspeita. De outra sorte, dentro da comunidade afro-americana, a questão de gênero com respeito à mulher não foi incorporada ao anti-racismo.

Então, assim como a compreensão da discriminação sexual tende a se restringir à experiência das mulheres de elite, a experiência do racismo tende a ser vista apenas em relação às experiências dos homens afro-americanos. Este foi o motivo que deu a Clarence Thomas a oportunidade de galvanizar a comunidade americana em seu favor. Clarence Thomas denunciou as audiências como "linchamento de alta tecnologia", e isso ressonou profundamente entre os afro-americanos como um símbolo de subordinação racial. Não existe nenhum símbolo de racismo aplicado diretamente às mulheres afro-americanas, como o linchamento. Portanto, Anita Hill não tinha nenhuma cartada semelhante a de Clarence Thomas. Tanto política quanto legalmente as mulheres afro-americanas ficam naquela brecha que existe entre o feminismo e o racismo. Você pode ver isto até na lei anti-discriminação. Num caso representativo, mulheres negras acionaram a General Motors por tê-las discriminado como mulheres negras. Entretanto, o tribunal rejeitou a queixa dizendo que elas não poderiam combinar raça e gênero no mesmo caso. Elas não puderam provar discriminação de gênero porque a General Motors tinha empregado mulheres brancas; e não puderam provar que havia discriminação racial porque a General Motors empregou homens negros. Basicamente não se deu provimento a ação delas porque suas experiências não eram as mesmas dos homens negros ou das mulheres brancas. Assim, tanto no feminismo como no anti-racismo as questões de gênero e as questões de raça são marginalizadas. Um bom exemplo para ser usado como metáfora vem das escolas de medicina. Considere como os estudantes de medicina, nas aulas de anatomia, utilizam o cadáver masculino como base. Este é visto como ser humano. Todas as outras questões em que a mulher é diferente são tratadas em outra disciplina, chamada ginecologia. A mesma



coisa acontece dentro do movimento feminista. As formas como as mulheres de elite experimentam a discriminação são tratadas como questão de gênero, enquanto que todas as formas de discriminação contra as mulheres pobres são tratadas não como gênero, mas sim como raça e isto nos mostra que temos que aprender que existe esta intercessão do poder.

Concluindo, falei sobre a estratégia legal feminista como uma tentativa de utilização do direito para desafiar a subordinação das mulheres na sociedade americana. Discuti várias formas em que a lei produz hierarquia de gênero, e também discuti tentativas de mudar a lei, para contestar hierarquia de gênero. Embora existam várias conclusões possíveis, vou destacar apenas algumas.

Número um: regras formais (leis) são somente o começo, são uma plataforma para a luta. Elas representam uma oportunidade para a mudança, mas não garantem mudança. A verdadeira luta é pela implementação e interpretação da lei. Como vimos, os tribunais, com uma restrita interpretação da igualdade, podem fazer retroceder leis que levaram décadas para serem produzidas.

Segundo: as lutas em torno da implementação das leis podem ser a cena da mobilização e do trabalho político. Não podemos utilizar as lutas legais (judiciais) para conscientizar sobre uma questão que deveria ter efeitos institucionais mais amplos. Por exemplo, nos EUA recentemente aprovamos uma lei federal que proíbe violência contra a mulher. Ninguém acredita que a lei vai acabar com a violência contra a mulher, entretanto, as mulheres estão tentando definir como utilizar as previsões legais para destacar alguns casos e realmente mudar algumas dimensões do problema. Utilizar a lei para enfocar alguns casos exemplares pode trazer efeitos mais amplos na cultura.

O terceiro ponto é que a lei estrutura a maioria dos relacionamentos de uma forma ou de outra: relacões entre homens e mulheres, negros e brancos, ricos e pobres. Mudanças e reformas repentina e ocasionalmente mudam o equilíbrio do poder, mas raramente de forma definitiva. Nós estamos aprendendo a ser mais espertos na utilização da lei como mecanismo de mudança, escolhendo aquela peça que, ao ser puxada, derrubará outras estruturas de subordinação.

Em quarto lugar, temos que pensar de maneira mais sofisticada em termos de poder, em particular como teorizar suas intercessões. As questões que os movimentos marginalizam irão voltar e assombrar-nos como o caso de Anita Hill e Clarence Thomas. Embora a comunidade afro-americana tenha defendido intensamente Clarence Thomas, todas as suas decisões danificaram profundamente a causa da igualdade racial nos EUA.

Em quinto lugar, temos que manter uma visão da igualdade que não seja submissa à lei. Nós temos visto, nos EUA, as demandas por igualdade de gênero e raça serem viradas de ponta cabeça pelos detratores que pegaram carona em nossa retórica da igualdade, e efetivamente rejeitaram todos os programas dirigidos à incorporação das mulheres e das minorias na socieda-

de. Isto foi feito utilizando a retórica que nosso movimento criou. A igualdade, então, tem que ser fundamentada nas condições reais das pessoas, e não em abstrações teóricas. Isso nos garante uma base, mesmo quando os tribunais andam em diferente direção.

Estou feliz de ter tido a oportunidade de compartilhar estas reflexões com vocês e realmente espero não tê-los decepcionado. Tenho encontrado muitas pessoas que ficaram surpresas em saber que a situação não é terrivelmente diferente nos EUA. Eu não estou aflita, ao contrário, estou esperançosa ao aprender que os problemas que enfrentamos são semelhantes. Voltando ao exemplo da violência contra às mulheres, um momento-chave em que o movimento se fortaleceu, foi quando nós reconhecemos que as experiências não estavam isoladas em alguns lares, mas algo que nós mulheres compartilhávamos em todo o país. Similarmente, um momento de força para nós é reconhecer que as condições das mulheres são semelhantes não-somente num país, mas em vários países do mundo. Espero continuar neste frutífero diálogo, obrigada.

**Notas**

[1] Transcrição da palestra proferida no Seminário Internacional Feminino e Masculino - Igualdade e Diferença na Justiça (1995, em Porto Alegre), traduzida por Luis Sander e revisada por Virginia Feix.



# Acesso à justiça: raça e gênero[1]

**Marco Antônio Scapini**

*Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais de Porto Alegre*

Estamos falando do acesso à Justiça, mais especificamente à Justiça Criminal, que se dá na condição de réu ou de vítima. Na primeira, no aspecto da raça, a Lei Penal, de fato, privilegia o delito do pobre, que é combatido pelo aparelho repressivo até com razoável eficiência e, por conseqüência, acaba atingindo muito mais ao negro, maioria entre as camadas pobres da população brasileira. Não estou afirmando que a violência e a criminalidade sejam frutos da pobreza por si só. Taxativamente não. Não tenho dúvidas de que são, isto sim, filhas das injustiças sociais. Então, retomando o raciocínio, por isso, também, os negros, os pobres e os analfabetos, são maioria nos presídios brasileiros. Aqui, no Rio Grande do Sul, os negros representam cerca de 25% da população carcerária. Esse dado é significativo, pois a população negra no Estado é de cerca de 5%. Percentualmente significa, então, a maioria.

Essa questão do negro como réu está tão enraizada entre nós que, há alguns dias, ocorreu um fato que me despertou atenção. Recebi em meu gabinete um Juiz, amigo de muitos anos, pessoa excepcional, despida de preconceitos, um dos maiores Juízes da história deste Estado. Ele estava arrasado. Presidia uma audiência, na qual se encontravam, o Promotor, o Advogado do réu, o réu, a testemunha e a Secretária. O juiz, depois de fazer as suas perguntas à testemunha, voltou-se para o homem branco que estava à sua esquerda e indagou: "Alguma pergunta, Doutor?" O homem branco respondeu apontando para o homem negro sentado a seu lado: "O advogado é ele. Eu sou o réu." O Juiz, evidentemente, pediu desculpas e tentou explicar que, ali, na sala de audiências, o comum era os negros desfilarem como réus. Tentei consolar meu amigo, mas não foi possível. Estávamos convencidos de que o preconceito está, também na forma de ver o que nos parece comum. E,

muitas vezes, dorme no inconsciente; de repente, desperta e se materializa.

Na questão do gênero, no Rio Grande do Sul, temos, aproximadamente, 10.500 homens presos, e não mais do que 500 mulheres. O dado impressiona, pois sabemos que mais da metade da população gaúcha é do sexo feminino.

Segundo dados que me foram passados por Samantha Buglione, Acadêmica de Direito da PUC, que analisou, com profundidade, o Sistema Prisional feminino, 71,42% das presas são brancas e 28,96% são negras. Quanto aos tipos de crimes, 34,2% são condenadas por tráfico, 15,7% por furto, 17,10% por roubo, 22,36% por homicídio, 7,8% por estelionato e 2,6% por outros delitos. Com respeito ao estado civil, 56,12% são solteiras, 18,36% casadas, 10,20% separadas, 6,12% "amigadas", e 2,04% divorciadas. No tocante aos antecedentes, 64,30% são primárias e 34,69% são reincidentes. Quanto ao grau de instrução, a pesquisa informa que 2,43% são analfabetas,51,21% tem o 1º Grau incompleto, 12,19% o 1º Grau completo, 3,65% o 2º Grau incompleto e 4,87 o 2º Grau completo. Além disso, no excelente trabalho de Samantha e da Acadêmica Lívia Haygert Pithan, há informações de que 87% das presas têm filhos, 75,60% recebem visitas e 13% recebem visitas íntimas, ou seja, mantém relações sexuais permitidas no Presídio.

Na prática, tratar com a mulher, via de regra, é mais fácil. Elas são mais sensíveis e aprendem melhor com a experiência. E se caracterizam pela prática de crimes menos graves e menos violentos. As condenadas por tráfico de entorpecentes, geralmente, serviram de instrumento dos grandes traficantes. Nunca a mulher aparece como líder do tráfico. Nos assaltos, de regra, acompanham os homens. Impressiona a informação, da pesquisa já referida, de que 20% das pessoas que não recebem visita íntima não a tem porque o companheiro também está preso.

Parece-me, outrossim, que as mulheres presas no Rio Grande do Sul, comparativamente com os homens, sofrem mais. Até janeiro de 1996, não tinham direito a visitas íntimas, benefício que existe há décadas para os homens. Mas o que mais as faz sofrer é o distanciamento da família, principalmente dos filhos. No Rio Grande do Sul, há apenas um Presídio Feminino, em Porto Alegre, abrigando apenadas de vários municípios do interior, distantes, às vezes, centenas de quilômetros da capital. É freqüente, também, encontrar no albergue feminino, destinado a condenadas dos regimes aberto e semi-aberto, mulheres que deixaram suas famílias no interior do Estado. Como a lei não permite que cumpram penas privativas de liberdade nos estabelecimentos destinados aos homens, embora isto também ocorra, determine o cumprimento no local onde se encontra a família, o correto seria, no meu modo de ver, a concessão de prisão domiciliar, ainda que refugindo das hipóteses previstas na legislação. No entanto, a lógica que vigora, de regra, é outra: se é para descumprir a lei, descumprem-na contra as apenadas, submetendo-as aos Pre-



sídios masculinos, ou distanciando-as de suas famílias.

No aspecto do acesso à justiça, na condição de vítimas, aí sim aparecem com muito maior freqüência, os brancos de classe média, os ricos e as mulheres.

No enfoque da questão da mulher-vítima, parece-me estar ocorrendo uma transformação na jurisprudência. Essa mudança ainda é tímida, mas está ocorrendo, fruto de conscientização decorrente, quero crer, de trabalhos desenvolvidos ao longo dos anos por entidades como a THEMIS. Explico: nos crimes sexuais, vigorava — e ainda vigora em certos lugares — a tendência de punir com maior rigor o réu que tenha praticado o crime contra mulher virgem. Muitas vezes se a mulher vítima não era virgem, sequer condenação havia. Há pouco tempo li um acórdão que dizia, mais ou menos, o seguinte: se a mulher, menor de 14 anos, não era virgem quando ocorreu o fato, não pode vigorar a presunção de violência que caracterizaria o estupro.

Os nossos tribunais, mais recentemente, estão atribuindo especial valor à palavra da mulher-vítima, se ela não tem motivos razoáveis para tentar incriminar aquele apontado como autor do crime. Assim no Tribunal de Alçada, se a mulher afirma que foi espancada e não tinha motivos para incriminar o acusado — marido ou companheiro — havendo, é evidente, prova da materialidade, a condenação tem sido regra. É a valorização da palavra da vítima, da esposa espancada, e o abandono da antiga orientação, ditada por "política criminal", de absolver, "para não causar mal maior", consistente em possível separação do casal. A experiência mostra que a absolvição em tais casos, geralmente, redunda em novos espancamentos.

Por fim, parece-me evidente que o Estado, diante da questão da violência e da criminalidade, deve se aparelhar não só no aspecto repressivo, mas também no sentido de propiciar tratamento adequado aos apenados e às vítimas, que, na situação vigorante, restam desassistidos.

E não é só isso. Há outras pessoas envolvidas na questão, necessitando, igualmente, de cuidados. Poderia falar dos policiais e dos promotores, mas quero me referir, aqui, é aos Juizes. Ao longo dos anos venho tentando analisar e compreender a conduta de Juizes na condução de determinados tipos de processos. Interessante notar como depoimentos, nos processos que tratam de estupro, por exemplo, são minuciosos, contrariando, às vezes, a forma comum de proceder. Isto significa que o questionamento, nesses casos específicos, é minucioso, chegando a detalhes irrelevantes e impertinentes, como se o processo despertasse maior atenção, maior curiosidade, enfim, aguçasse algum sentido. Por isso e por outros tipos de reação frente a tais casos pensei na possibilidade de o Juiz, ser humano, restar envolvido pela história do processo. Em outras palavras: creio que o fato do crime de estupro, atendo-me ao exemplo, pode mexer com a sexualidade do próprio julgador, fazendo com que, inconscientemente, ele se projete na pessoa do réu, ou da vítima, com mórbido

prazer ou com intenso sofrimento. Isto poderia redundar em conduta benevolente ou excessivamente rigorosa.

Seja como for, verdadeira ou não a constatação (não sou psiquiatra e não descarto a possibilidade de estar equivocado), o que me parece evidente é que os Juizes também precisam de alguém para cuidá-los, principalmente, os que trabalham nas áreas criminal, de família e da infância e juventude, onde afloram os mais profundos sentimentos, as mais dramáticas situações.

**Notas**

[1] Transcrição da palestra proferida no Seminário Internacional Feminino e Masculino - Igualdade e Diferença na Justiça (1995, em Porto Alegre).



# Igualdade e diferença

## BREVES ANOTAÇÕES ACERCA DO ESTATUTO ÉTICO DO DIREITO MODERNO

Jeanine Nicolazzi Philippi

*Professora do Departamento de Direito Público e Ciência Política da Universidade Federal de Santa Catarina, doutoranda em Direito - UFSC e membro do Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre a Violência da UFSC*

A secularização dos mercados simbólicos, típica da modernidade[1], propiciou a produção de novos projetos sociais, edificados a partir dos signos de uma emancipação possível do ser humano. Essa ressignificação da compreensão do sujeito, acerca de como deveria ser o mundo, "intimou" a sociedade a comparecer perante o tribunal da razão para questionar o fundamento das suas instituições.

A ruptura com a idéia de uma ordem universal, sustentada na hierarquia "natural" dos seres, recolocou o problema da legitimidade da obediência às leis em termos dos fins e valores que norteiam a convivência humana. O ocaso dos argumentos divinos justificadores do poder do homem sobre o homem acabou por transportar para o campo da ética[2] a discussão — anteriormente remetida à religião ou à natureza — acerca da fundamentação dos sistemas jurídicos estatais.[3]

Por que o direito obriga? Quais as razões que levam os homens a submeteram-se às leis que determinam o norte de suas existências? Qual o sentido das normas ditadas pelo Estado? O direito traduz a justiça ou mascara a violência que o ensejou? Tais questões revelam, em suma, a complexidade de um mundo habitado por indivíduos livres e iguais, regidos não mais por leis transcendentes as suas vontades, mas por normas elaboradas racionalmente. Para Hobbes, a dissolução do *status naturalis* no *status civilis*, ou seja, a suspensão das vontades particulares em favor do poder soberano, a partir do contrato[4], estabeleceu os limites racionais da sociabilidade, impondo, indistintamente, para cada ser humano, as regras elementares do convívio social. Nessa via, o pacto originário que igualou os indivíduos em direitos e deveres estabeleceu, simultaneamente, o conteúdo e fundamento da lei civil.

Porém, se em um primeiro momento, especialmente com Hobbes, esse poder soberano não poderia ser relativizado, na seqüência da tradição contratualista autores como Locke e Rousseau trabalharam a possibilidade de os súditos virem a questionar os meios e os fins propostos pelo Estado, desde que a paz e a segurança — objetivos elementares em torno dos quais o contrato foi celebrado — não estiverem sendo preservados nas práticas concretas dos governos instituídos. Para estes autores, os súditos têm o dever de ressignificar o contrato originário toda vez que o mesmo for desrespeitado. Fica, assim, estabelecida a limitação da onipotência subscrita à vontade do Estado sempre que seus fins forem relativizados pela próprias autoridades incumbidas da sua execução. Vê-se, portanto, que a tradição, da qual as práticas jurídico políticas contemporâneas são herdeiras, não estabelece somente os deveres dos súditos; ao contrário, submete igualmente a estes a fiscalização dos fins do soberano. Pois, o contrato não é passível de ser rompido apenas por uma das partes, a mais "sensível" às paixões, isto é, os súditos; ele pode, também, — e a realidade mostra isso com clareza indiscutível — ser quebrado a partir do pólo responsável por sua própria vigilância, uma vez que essa parte contratante, contrariando os argumentos daqueles que pretendem uma neutralidade absoluta do direito que regulamenta as cláusulas desse pacto peculiar, é, da mesma forma, composta por homens, sujeitos às mesmas paixões que animam os súditos.

No desenrolar desse processo, a norma jurídica converteu o indivíduo em sujeito do direito, conclamando-o, igualmente, como seu autor. O novo estatuto do ser humano traçado a partir de um ordenamento jurídico racional foi precisamente definido no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, por serem dotados de consciência e razão, devem agir entre si num espírito de fraternidade." Liberdade, igualdade e razão constituem, portanto, os signos distintivos do sujeito do direito que traduzem, em suma, o fundamento ético do sistema jurídico moderno. Assim, quando o mundo se desencanta, como salienta Sérgio Adorno, vislumbra-se um "... processo que convergiu para a redução de imensas desigualdades sociais, fundando as bases de um mundo ético regido pelo reconhecimento do outro como sujeito do direito; estabelecendo, sob esta perspectiva, um nexo histórico entre justiça social e igualdade jurídica."[5]

De forma bastante sintética, pode-se pensar os termos que introduzem a Declaração de 1789 na perspectiva do pensamento moral da Ilustração,[6] que concebia liberdade[7] tanto como ausência de determinação externa à vontade do sujeito, quanto capacidade de criar e respeitar, racionalmente, as normas de conduta social. Ser livre, segundo Kant, é viver em conformidade com uma lei da razão! A igualdade[8], por sua vez, sustentava-se no pressuposto segundo o qual o indivíduo — célula elementar da sociedade — tem direito à auto-realização e à felicidade e, por isso mesmo, deveria ter acesso aos bens indispensáveis para uma vida digna. Por fim, a razão[9] era vista como traço distintivo da condição humana que possibilitava a validação de princípios universais orientadores do movimento do sujeito no mundo.



Mas, a despeito dos propósitos universalizantes dessa experiência histórica, tais conquistas limitaram-se ao âmbito das sociedades nas quais o desenvolvimento das relações capitalistas de produção propiciou uma certa extensão dos benefícios sociais a uma parcela significativa da população. Nas demais sociedades onde essa experiência não se materializou, o princípio da igualdade — convertido em igualdade jurídica[10] —, ainda que reconhecido, não se concretizou, permanecendo, não raro, como artifício retórico utilizado na ocultação simbólica da imensa injustiça social.[11]

Nestes contextos, não obstante os deslocamentos operacionalizados pelos enunciados libertários da Declaração de Direito do século XVIII, a realidade se sobrepôs aos discursos legitamadores da ordem estabelecida, denunciando a barbárie de um universo profundamente desigual. Já em meados do século XIX, um novo imaginário, pautado na cientificidade dos processos de produção do conhecimento, passou impunemente a legitimar, com signos renovados, antigas tutelas do sujeito. No domínio de um tempo marcado pela miséria renitente e massificada, bem como pela tutela absoluta das metrópoles européias sobre suas colônias do "novo" mundo, a legitimação das contradições da sociedade moderna ficou contida sob o manto das necessidades naturais, explicadas, por exemplo, a partir de ideologias científicas como o darwinismo social[12]. Nessa via, a concorrência universal entre os indivíduos, grupos sociais e nações, do modo como resultou do capitalismo, adquiriu contornos naturalistas que buscavam, a qualquer preço, justificar a liberdade, a desigualdade e a sobrevivência do mais apto, em detrimento da liberdade, igualdade e sobrevivência do menos apto. Segundo William Grahem Sumner — considerado um dos mais extremados defensores dessa doutrina —, a primeira alternativa, ou seja, aquela que destaca os interesses dos "mais aptos", contribui para o progresso social, favorecendo os seus melhores membros, enquanto a segunda hipótese — que prevê a igualdade dos sujeitos a despeito de suas "aptidões naturais" favorece o retrocesso da sociedade, na medida em que privilegia seus piores membros.[13]

O reflexo dessas elaborações incidiram, igualmente, no âmbito das discussões jurídicas. Comprometida com a representação asséptica da realidade social, a ciência do direito converteu, na esteira do positivismo jurídico[14], o princípio ético da igualdade em igualdade formal, estabelecida por lei emanada de um sistema que permite, em tese, a todos oportunidades idênticas para competir com liberdade em um mercado responsável pela "seleção natural" dos mais aptos. Essa obra de engenharia jurídica moldou as feições institucionais

de um formalismo ético destinado a justificar o cumprimento do dever imposto pela lei, qualquer que seja, preservando-a, portanto, do questionamento acerca do seu conteúdo e das formas de sua operacionalização.

Todavia, como adverte Philippe Ardant, pode-se dizer que o conceito formal de igualdade já estava presente na própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Sensível às preocupações mais vivas do seu tempo, ela propôs uma concepção de igualdade abstrata, pouco preocupada com a operacionalização dos princípios que veiculava. Para os constituintes de 1789, bastava declarar os direitos para que esses se colocassem naturalmente em operação e se tornassem realidade. Muito embora, dois séculos mais tarde, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão subsista como ponto de partida para as pesquisas acerca da igualdade jurídica, essa concepção por ela trabalhada acaba colocando, talvez, vários problemas que o texto do referido documento não ajuda a resolver. Dentre outras coisas, percebe-se, por exemplo, que a noção de igualdade ali estabelecida é inapta para a proteção dos indivíduos contra as próprias discriminações legislativas.[15]

Tomando-se como referência os países nos quais o desenvolvimento do capitalismo não possibilitou uma distribuição mais igualitária dos benefícios sociais, percebe-se que o princípio da igualdade jurídica permanece contido apenas em sua expressão simbólica. Os milhões de seres humanos que se encontram em situação de miséria e abandono denunciam de maneira inequívoca o amplo hiato que subsiste entre o discurso jurídico e as situações concretas de discriminação. Nesse universo, a falta de eficácia das normas constitucionais, que veiculam os princípios relativos à liberdade, igualdade e participação dos sujeitos na discussão e elaboração das leis, traduz a vinculação direta da estrutura normativa estatal com a manutenção das esferas de subintegração e sobre-integração.[16]

Pode-se dizer que, "... em certa medida, a Constituição só é concretizada se os interesses de grupos privilegiados não são comprometidos. Constitucionalidade contra os interesses da sobrecidadania não é aconselhável: é inadequada ao meio ambiente... Reformas sociais dentro da ordem constitucional são freqüentemente caracterizadas como subversivas, tão logo ponham na ordem do dia a abolição dos privilégios e/ou a introdução eventual de medidas favoráveis à subcidadania. Atrás da não identificação formal do texto constitucional estatuído, encontra-se a identidade da realidade constitucional com as classes e grupos privilegiados, de tal maneira que a institucionalização dos direitos fundamentais é estruturalmente deturpada. O agir e o vivenciar do subcidadão e do sobrecidadão fazem implodir a Constituição como ordem básica da comunicação jurídica. Nessas condições, a Constituição não atua como mecanismo de autonomia operacional do Direito, sendo deformada durante o processo concretizado por força da sobreposição



de injunções políticas particulares e interesses econômicos secretos.[17]

A sobre-integração dos grupos privilegiados, que manipulam o direito forçam legislações particulares e colocam-se acima da lei, não pode, contudo, ser dissociada da subintegração das massas. Essas dependem das prescrições impositivas do ordenamento jurídico, mas não têm acesso aos benefícios estabelecidos pelo direito. Os subcidadãos, portanto, não são excluídos, pois, muito embora lhes faltem condições efetivas para o exercício pleno dos direitos elementares estabelecidos constitucionalmente, não estão, tampouco, liberados dos deveres impostos pelo ordenamento jurídico estatal, e, desse modo, se encontram radicalmente submetidos às estruturas punitivas. Isso vale para o sistema jurídico como um todo. Os subcidadãos, em regra, são integrados ao sistema normativo como devedores, indiciados, denunciados, réus etc.; e não como autores, credores, ou detentores de direitos.[18]

Essa especificidade da subcidadania é trabalhada por Sérgio Adorno, a partir dos processos penais. A análise desses documentos jurídicos, segundo o autor, revela, que para além das normas que captam de forma frontalmente diferenciada os indivíduos, escalonando-os em gradações diversas de integração a um sistema opressor e injusto, subsiste — como uma confirmação dessa discriminação —, um imaginário excludente e preconceituoso que opera no silêncio das práticas jurídicas cotidianas. Teorias espúrias como a dos "três pês" (pobres, pretos e prostitutas); a do "MIB" (miséria, ignorância e bebida); e, ainda, a da nordestinidade, deixam transparecer, no não dito dos discursos e das práticas dos operadores jurídicos, os artifícios que estes utilizam para "fazer justiça", conduzindo com tendenciosidade, por exemplo, os trabalhos do tribunal do júri[19]

A conjunção de um direito excludente com um imaginário povoado de preconceitos revela a dupla discriminação que o sujeito sofre quando capturado pelas tramas do ordenamento jurídico estatal. Sabe-se que o direito penal afeta prioritariamente a subcidadania. Os sujeitos subintegrados sofrem, geralmente, quando levados às barras dos Tribunais as conseqüências de uma dupla discriminação; na maioria das vezes, quando seus atos afetam a vida de um sujeito integrado, a culpa daqueles é quase sempre declarada em sentenças *a priori*. Por outro lado, quando os litígios envolvem pares na escala de "integração social", percebe-se a existência daqueles que, de acordo com o imaginário dominante, são mais réus ou vítimas que os outros. A profanação ou heroificação dos réus ou vítimas, sustentadas num padrão de comportamento não explicitado mas considerados "legítimos ou naturais", parecem determinar os caminhos da condenação ou absolvição. Assim, em grande parte dos casos analisados por Sérgio Adorno, fica evidente que não é o fato em si - o ato violento cometido contra a vítima — que é questionado, mas o estatuto social dos implicados que motiva os julgamentos, o que traduz a materialidade de

classes distintas de sujeitos considerados formalmente iguais perante a lei. "A dinâmica dessa densa rede de relações sociais revela o perfil dos sujeitos privilegiados pela ação penal, desfaz a imagem de uma justiça neutra e cega, revela os debates e disputas de poder no interior dos tribunais, aponta para a complexidade dos processos, descaracteriza a dimensão exclusivamente técnica e jurídica que se procura atribuir ao desempenho dos agentes e dos aparelhos de contenção da criminalidade, para, em lugar, fazer ressaltar suas determinantes políticas, manifestas no contraponto entre essas duas linhas de ação — a que apela para as regras fixas e formais e a que se sustenta em normas sociais não escritas e informais..."[20]

As práticas jurídicas, a despeito do imaginário de neutralidade que as envolve, acabam sempre por denunciar, de uma maneira ou de outra, os valores e crenças que as sustentam. O privilégio da propriedade, dos bens em detrimento das pessoas, do homem em relação à mulher emerge nas entrelinhas dos processos que tramitam nos tribunais, muito embora sua incidência seja enfaticamente negada. A objetivação das desigualdades e a preservação das distâncias hierárquicas conectam, por fim, a noção de igualdade jurídica com a defesa dos "mais aptos", cujos interesses devem ser desigualmente priorizados, de acordo com o processo de "seleção natural".

Nessa perspectiva, a expressão "todos são iguais perante a lei" significa, apenas, que não pode haver sujeito fora do discurso jurídico, pois, como afirma Pontes de Miranda, a função essencial do direito consiste em "... adaptar ou corrigir os defeitos de adaptação do homem à vida social". [21] Esta técnica de bom adestramento coloca-se, sem dúvida, na linha de um suposto evolucionismo (darwinismo social), justificando a garantia absoluta do direito dos "mais aptos". Desse modo, não há como questionar a injustiça de leis específicas, como aquelas que regulamentam o salário mínimo, a concentração de renda e propriedade, dentre outras, uma vez que essas normas descrevem o processo de seleção natural da espécie humana e, sendo assim, não cabe ao direito revogar uma "lei da natureza", mas tão somente adaptar os sujeitos a essa realidade inevitável.

Ora, sabe-se, certamente, que essa realidade não é "inevitável" e nem tampouco conforma um processo natural. As desigualdades são socialmente produzidas, e para essa "produção" o direito contribui de forma exemplar, tanto através de processos legiferantes injustos, quanto mediante a edição de normas elaboradas para não operar.[22] Faz-se necessário, portanto, revisitar o fundamento ético do princípio da igualdade, para expor as falácias dos discursos jurídicos que utilizam pressupostos teóricos questionáveis (científicos) como álibi para as discriminações reproduzidas no sistema normativo estatal.

Esses argumentos, contidos no direito moderno sob a máscara da igualdade formal, sustentam, em síntese, a impossibilidade material do princípio da



igualdade. As diferenças, físicas, psíquicas, sociais e culturais, que distinguem cada ser em sua individualidade, colocam, de fato, por terra a possibilidade de uma base fatual sobre a qual o princípio da igualdade possa ser erigido. Mas, como esclarece Peter Singer, "...a igualdade é um princípio ético básico e não uma assertiva fatual."[23] Assim, quando se afirma que todos os seres humanos são iguais, a despeito da classe social, da raça ou do sexo, está-se argumentando que, para além de todas as diferenças empiricamente constatas na análise da espécie humana, existem interesses importantes — como evitar a dor, desenvolver as aptidões pessoais, satisfazer as necessidades básicas (alimento, abrigo, etc), manter relações amigáveis e amorosas satisfatórias e ter liberdade para realização pessoal —, que devem ser considerados igualmente em todos indistintamente. A partir dessa constatação, Peter Singer trabalha a igual consideração dos interesses[24] como um princípio ético mínimo a partir do qual as diferenças de raça, sexo, classe social etc. perdem significação social, uma vez que o reconhecimento daqueles interesses elementares não se reduz a grupos específicos, mas distingue-se como marca indelével de cada sujeito. [25]

Retomando o que anteriormente havia sido colocado a respeito da igualdade jurídica, percebe-se que a base "evolucionista", que sustenta o referido princípio, projeta como sua única possibilidade de concretização a igualdade de oportunidades. Uma vez estabelecidas as condições iguais de oportunidades, as diferenças de renda e *status* social são abordadas com naturalidade e a vida passa a ser vista "... como uma espécie de corrida na qual é justo que os vencedores levem os prêmio, desde que todos tenham o mesmo ponto de partida. Um ponto de partida comum representa igualdade de oportunidades, e isto, dizem alguns, é o máximo a que pode chegar a igualdade."[26] Mas como catalogar todos os pontos de partida do sujeito desde a sua concepção até a sua morte? As condições materiais e afetivas são realmente iguais para todos no momento do nascimento? As famílias se formam da mesma maneira? As escolas oferecem, indistintamente, as mesmas condições de desenvolvimento intelectual e pessoal? As oportunidades no mercado estão abertas para todos os melhores? Não há direcionamento de vagas e especificações de capacitação profissional que envolvam questões etárias, de sexo ou de raça? Todas as aptidões ou habilidades pessoais são igualmente reconhecidas? Essas são apenas algumas questões levantadas para exemplificar a impossibilidade material da análise e do estabelecimento efetivo de pontos de partidas iguais em função da própria complexidade dos seres humanos.[27]

O princípio da igualdade de oportunidades, entretanto, erigido a partir de um pressuposto teórico naturalista — "todos nascem iguais..." — converteu-se em dogma, passando a justificar, em nome das diferenças, as desigualdades socialmente produzidas. Na medida em que as desigualdades sociais são "naturalizadas" a partir da constatação fática das diferenças inerentes aos indi-

víduos, um outro equívoco se impõem, pois a idéia de diferença, ao contrário de evocar a discriminação dos sujeitos, permite perceber que as oposições podem ser superadas "... mediante a exclusão das exclusões e a abertura de possibilidades."[28] A explicitação da idéia de alteridade reconduz à discussão do princípio da igual consideração dos interesses como um princípio mínimo de igualdade que não impõe um tratamento igualitário, mas apenas estabelece que os interesses elementares dos seres humanos não só podem, como devem, ser considerados independentemente das questões etárias, de raça, de sexo, de classe ou de capacidade.

Para além da abstração mutiladora inerente à concepção de igualdade jurídica, o princípio da igual consideração dos interesses introduz, por fim, uma possibilidade de reconhecimento do outro, que não neutraliza a diferença e, com isso, recoloca, em um patamar diferenciado, a discussão em torno da constituição estrutural de um espaço possível de sociabilidade e reciprocidade, no qual a experiência do limite possa, ainda, fazer frente à ideologia da ilimitada manipulação do mundo, que, até o presente momento, tem impedido os seres humanos de pensarem concretamente em algo comum a todos, como a dignidade e a vida.

**Notas**

[1] A palavra moderno foi empregada pela primeira vez em fins do século V para marcar o limite entre o presente, que há pouco se tornara oficialmente cristão, e o passado romano-pagão. Com conteúdos variáveis, a modernidade sempre volta a expressar a consciência de uma época em relação ao passado da antigüidade, a fim de compreender a si mesma como resultado de uma transição do antigo para o novo. Isso não vale apenas para o Renascimento, com o qual se iniciam, para nós, os tempos modernos. Os homens também se consideravam modernos na época de Carlos Magno, no século XII, e na época do Iluminismo - ou seja, sempre que na Europa se formava a consciência de uma nova época mediante uma renovada relação em face da Antigüidade. Apesar disso, a *antiquitas* serviu como modelo normativo, digno de ser imitado, até a famosa querela dos Modernos com os Antigos, isto é, com os seguidores da época clássica na França de fins do século XII. Apenas com os ideais de perfeição do Iluminismo francês, apenas com a idéia, inspirada pela ciência moderna, de um progresso do conhecimento e de um avanço rumo ao aprimoramento social e moral, é que, aos poucos, vai-se quebrando o fascínio exercido pelas obras clássicas do mundo antigo sobre o espírito de cada modernidade. Finalmente, a modernidade, opondo-se ao clássico romântico, busca um passado na Idade Média idealizada. No decorrer do século XIX, este romantismo libera aquela radicalizada consciência da modernidade, que se desprende de todos os laços históricos, conservando no todo apenas a oposição abstrata à história." HABERMAS, Jungern. Modernidade - um projeto inacabado. In: **Um ponto cego no projeto pós-moderno**. Trad. Otília B. Fiori et ali. São Paulo: Brasiliense, 1992. p.100/101

[2] O termo ética deriva da palavra grega *ethos* que comumente é traduzida como caráter ou costume. E, em função dessa tradução, tem-se definido, com freqüência, a ética como a doutrina dos costumes, sobretudo das orientações empiristas. "A distinção aristotélica entre as virtudes éticas indica que o termo ético é tomado primitivamente apenas em um sentido



adjetivo: se trata de saber se uma ação, uma qualidade, uma virtude ou um modo de ser são ou não ético. As virtudes éticas são para Aristóteles aquelas que se desenvolvem e que estão direcionadas à consecução de um fim, enquanto que as dianoéticas são as virtudes propriamente intelectuais. Às primeiras, pertencem as virtudes que servem para a realização da ordem da vida do Estado - a justiça, a amizade, o valor, etc. - e têm sua origem direta nos costumes e no hábito , pelo qual se podem chamar de virtudes do hábito ou tendências. Às segundas, em contrapartida, pertencem as virtudes fundamentais, as que são consideradas como princípios das éticas, as virtudes da inteligência ou da razão: sabedoria e prudência. Na evolução posterior do sentido do vocábulo, o ético se identificou cada vez mais com a moral e a ética chegou a significar a ciência que se ocupa dos objetos morais em todas as suas formas, a filosofia moral." FERRATER MORA, J. **Dicionário de filosofia**. Vol. I Barcelona: Editorial Ariel, 1994. P.1141/1142

[3] O surgimento do Estado nacional moderno, em contraposição ao pluralismo feudal e à pretensão imperialista da Igreja, implica a pretensão de exclusividade de cada ordenamento jurídico estatal no respectivo espaço territorialmente delimitado. É em tais circunstâncias que se constrói o conceito de soberania do Estado como poder político e ordem jurídica supremos e inquestionáveis em determinado território. Torna-se inconcebível, então, a existência de qualquer outra ordem político-jurídica supraordenada ou coordenada à do Estado, no espaço em que esta se encontra em vigor. Pretende-se, de um lado, eliminar os particularismos das ordens locais de natureza feudal, em favor do livre câmbio das mercadorias; por outro lado, reage-se à supremacia do poder papal. Internamente, toda ordem jurídica construída extraestatalmente passa a ser concebida como subordinada às determinações do poder político estatal, extraestatalmente passa a ser concebida como subordinada às determinações do poder político estatal, só podendo ter validade a partir do direito positivo do Estado e, portanto, caracterizando-se, em última análise, como um dos subsistemas deste. Externamente, desenvolveu-se a teoria de que as relações interestatais ocorrem no estado de natureza, ficando excluída a possibilidade de uma ordem estatal supraordenada ao Estado." NEVES, Marcelo. **Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina**. Florianópolis, mimeo, 1993. p.1

[4] A teoria do *contrato social* pode ser compreendida como aquela segundo a qual "... a sociedade humana deve sua origem ( ou melhor, sua possibilidade enquanto sociedade) a um contrato ou pacto entre indivíduos... Os defensores desta teoria não sustentam apenas que a sociedade se originou efetivamente quando os homens, ou melhor, um grupo de homens se reuniu com o objetivo de chegar a um acordo sobre os fins comuns; afirmam simplesmente que, seja qual for a origem da sociedade, seu fundamento e sua possibilidade, como sociedade, se encontra em um pacto. O contratualismo considera, pois, a sociedade como se em um momento histórico ( ou pré-histórico) tivesse tido lugar um pacto ou contrato... esta teoria desenvolveu-se sobretudo na época moderna; em parte como conseqüência da secularização crescente do estado e em parte como resultado de uma concepção de índole 'atomista', segundo a qual o Estado se acha composto primariamente de indivíduos cujas relações entre si são comparáveis às relações entre partículas - embora não necessariamente redutíveis a elas-... A concepção que Hobbes aderiu, segundo a qual a sociedade civil se baseava em alguma forma de contrato ou pacto, era coisa corrente em sua época. Admitiam-se duas classes de pacto: o *pacto unionis*, considerado como origem da sociedade civil e baseado na aceitação pela maioria das decisões tomadas, e o *pacto subjectionis* pelo qual a comunidade se submetia a uma forma particular de governo civil. Hobbes tratou do contrato social como *pacto unionis*; sua explicação do contrato social foi uma tentativa de aplicar o método resolutivo-compositivo de Galileu à sociedade civil, de revelar os princípios básicos pressupostos por sua existência de modo que pudesse levar a cabo uma reconstrução racional de seus traços conspícuos. Tratava-se em Hobbes de

uma hipótese explicativa, não de uma hipótese relativa a efetivos acontecimentos históricos." FERRATER MORA, op. cit., vol I, p. 687

[7]ADORNO, Sérgio. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que não se contam no tribunal do juri. IN: **Revista USP - dossiê judiciário** n. 21. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, mar/abr/mai 1994. p.134

[8]ROUANET, Sérgio Paulo. Do pós-moderno ao neo moderno. In: **Revista dos tribunais** n.84. São Paulo, jan/mar 1986. p.153

[9]Em relação a esse termo, Kant procurou saber como eram possíveis a liberdade e a necessidade. "Usando a terminologia do próprio autor, pode-se dizer que, no entender desse filósofo, haviam errado aqueles que tinham se ocupado do problema por uma simples razão: por ter considerado a questão da liberdade como uma questão que pode ser decidida dentro de uma só esfera. Frente a isso Kant estabelece que no reino dos fenômenos, que no reino da Natureza, há um completo determinismo; é completamente impossível salvar dentro dele a liberdade. Esta, em contrapartida, aparece dentro do reino do noumeno, que é fundamentalmente o reino da moral. A liberdade, em suma, não é, nem pode ser, uma questão física; é apenas e unicamente, uma questão moral. E aqui pode-se dizer não apenas que há liberdade senão que não pode deixar de havê-la. A liberdade é, com efeito, um postulado da moralidade. O famoso conflito entre a liberdade e o determinismo.. é um conflito aparente. Isso não significa, certamente, que a realidade fica cindida por inteiro em dois reinos que não têm, e nem podem ter , nenhum contrato. Significa unicamente que o homem não é livre porque pode separar-se do nexo causal; é livre (ou se faz livre)porque não é inteiramente uma realidade natural. Por isso, pode ser *causa sui*(pelo menos moralmente falando) e, em todo caso, introduzir dentro do mundo possíveis começos de novas causas. Deste modo, a liberdade aparece como um começo( o que apenas é possível na existência moral, pois na natureza não há 'começos', senão, em tudo o que ele é, 'continuação'). Há, pois, como diz Kant, a possibilidade de uma causalidade pela liberdade. Em seu caráter empírico, o indivíduo deve submeter-se às leis da natureza. Em seu caráter inteligível, o mesmo indivíduo pode considerar-se como livre. A expressão 'o mesmo indivíduo' é aqui fundamental, pois a conexão entre o reino da liberdade o da necessidade não é de mera justaposição, senão que se dá dentro de uma realidade unitária, embora pertencendo, dentro de sua unidade a dois mundos. Desse modo, a liberdade não apenas fica justificada, senão que se acentua até o máximo de seu caráter 'positivo'. Esse caráter consiste, em quase todos os idealistas alemães poskantianos, na possibilidade de fundar-se a si mesma. A liberdade não é nenhuma realidade. Não é tampouco atributo de nenhuma realidade. É um ato que se põe a si mesmo como livre." FERRATER MORA, op. cit., vol.III. p.2140/2141

[10]Segundo Bobbio, "... uma das máximas políticas mais carregadas de significado emotivo é a que proclama a igualdade de todos os homens, cuja formulação mais corrente é a seguinte: *todos os homens são (ou nascem) iguais*. Essa máxima aparece e reaparece no amplo arco de todo o pensamento político ocidental, dos estóicos ao cristianismo primitivo, para renascer com novo vigor durante a Reforma, assumir dignidade filosófica em Rousseau e os socialistas utópicos e ser expressa em forma de regra jurídica propriamente dita nas declarações de direitos desde o fim do século XVIII até hoje. Mas com freqüência não se dá atenção ao fato de que aquilo que atribui uma carga emotiva à enunciação... não é a proclamada igualdade, mas a extensão da igualdade a todos. Com efeito, não pode escapar o significado polêmico e revolucionário desse todos, que é contraposto a situações ou ordenamentos nos quais nem todos, ou melhor, só poucos ou pouquíssimos, desfrutam de bens e direitos dos quais os demais são privados. Em outras palavras, o valor da máxima não está no fato de que evoque o fantasma da igualdade, que sempre perturbou o sono dos poderosos, mas no fato de que a igualdade evocada, qualquer que seja a sua natureza, deveria valer para todos (e por 'todos' não está dito que se deva entender a totalidade dos homens, já que basta que se entenda a totalidade dos pertencentes a um determinado grupo social no qual, até então, o poder permaneceu nas mãos de poucos). Por outro lado, já que uma máxima qualquer de justiça... deve responder às perguntas sobre a *igualdade entre quem* e a *igualdade em quê*, deve-se observar que a máxima da igualdade de todos responderia, quando interpretada literalmente, apenas à primeira pergunta." BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Cortino. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p.23/24

[11]Em relação ao conceito de razão é importante destacar a mutação que o mesmo sofreu ao longo dos séculos XVII e XVIII. Como observa Cassirer, "... o século XVII está impregnado da fé na imutabilidade da razão. A razão é una e idêntica para todo indivíduo pensante, para toda nação, toda época, toda cultura. De todas as variações dos dogmas religiosos, das máximas convicções morais, das idéias e dos julgamentos teóricos, destaca-se o conteúdo firme e imutável, consistente, e sua unidade e consistência são justamente a essência da própria razão... O século XVIII confere à razão um sentido diferente, mais modesto. Deixou de ser a soma das idéias inatas, anteriores a toda experiência que nos revela a essência absoluta das coisas. A razão define-se muito menos como uma possessão do que como uma forma de aquisição. Ela não é o erário, a tesouraria do espírito, onde a verdade é depositada como moeda sonante, mas o poder original e primitivo que nos leva a descobrir, a esclarecer e a consolidar a verdade. Essa operação de assegurar-se da verdade constitui o germe e a condição necessária de toda certeza verificável. É nesse sentido que todo o século XVIII concebe a razão. CASSIRER, Ernst. **Filosofia do Iluminismo**. Campinas: editora Universidade de campinas, 1992. p.32/33

[12]Aqui, faz-se necessário distinguir a *igualdade perante a lei*, da *igualdade nos direitos* e da *igualdade jurídica*. Para Bobbio, "... a igualdade perante a lei é apenas uma forma específica e historicamente determinada de igualdade de direito ou dos direitos ( por exemplo, do direitos de todos a terem acesso à jurisdição comum, ou aos principais cargos civis e militares, independente do nascimento); já a igualdade nos direitos compreende, além do direito de serem considerados iguais perante a lei, todos os direitos fundamentais enumerados numa Constituição, tais como os direitos civis e políticos, geralmente proclamados (o que não significa que sejam reconhecidos de fato) em todas as Constituições modernas. Finalmente, por igualdade jurídica se entende, habitualmente, a igualdade naquele atributo particular que faz de todo membro de um grupo social, inclusive a criança, um sujeito jurídico, isto é, um sujeito dotado de capacidade jurídica. Enquanto a igualdade nos direitos tem um âmbito mais amplo que o da igualdade perante a lei, a igualdade jurídica tem um âmbito mais restrito." BOBBIO, op. cit., p.29/30

[13]ADORNO, op. cit., p. 134

[14]As teorias sustentadas no "darwinismo social" partiam do pressuposto segundo o qual "... a organização social é, ou assemelha-se, a um organismo vivo, que as sociedades sofrem mudanças evolutivas e que essas seqüências de evolução são, ou podem ser, progressivas. As conseqüências involuntárias, ou até biologicamente determinadas, das ações individuais, sua agregação em mecanismos tais como o comportamento competitivo e o mercado, e intenções por parte do analista de tirar conclusões normativas e voltadas para programas de ação dessa tendência no século XX... Não obstante, o darwinismo social e as teorias dele descendentes entram em contradição, em vários aspectos, com os pontos de vista originais de Darwin. Este rejeitava qualquer noção de progresso na transformação de indivíduos e na origem das espécies, e sentia fortes suspeitas a tentativas de se tirarem conclusões de sua obra que fossem aplicáveis à sociedade humana. A *seleção natural* referia-se à variação não padronizada, à interação com o meio ambiente e ao mero sucesso reprodutivo, e não a conceitos normativos como 'sobrevivência dos mais aptos'. Essa expressão foi popularizada por Hebert Spencer, o principal teórico do darwinismo social, e ironizada por Karl Marx." AUTHWAITE, William et alii. **Dicionário do pensamento social do século XX**. Trad. Renato Lessa et alii. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p.174

[13]FERRATER MORA, op. Cit. Vol. I , p. 777

[14] A expressão positivismo jurídico aqui referida "... não deriva daquela de 'positivismo' em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico, mas suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada têm a ver com o positivismo em sentido filosófico - tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão 'positivismo jurídico' deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*. Para compreender o significado do positivismo jurídico, portanto, é necessário esclarecer o sentido da expressão *direito positivo*. Toda tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre *direito positivo* e *direito natural*, distinção que, quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino; o uso da expressão 'direito positivo' é, entretanto, relativamente recente... se encontra apenas nos textos latinos medievais." BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Trad. Márcio Portugal et alii. São Paulo: Ícone, 1995. p.15

[15]ARDANT, Philippe. Le principe d'égalité des personnes en droit public. In SAVATIER. Jean M et alii. **La personne humaine, sujet du droit**. Paris: Presses Universitaires de France, 1994. p.133

[16]NEVES, op. cit., p.19

[17]Idem, p. 18/19.

[18]Idem, p.19

[19]ADORNO, op. cit. p. 136.

[20]Idem, p. 140.

[21]MIRANDA, Pontes de. **Sistema da Ciência Positiva do Direito**. Tomo I. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. p. 66.

[22]AGUIAR, Roberto A. de. **A Crise da Advocacia no Brasil**. São Paulo, Alfa-Omega, 1991. p. 132.

[23]SINGER, Peter. **Ética prática**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p.30

[24]Idem, p.40

[25]Peter Singer esclarece que, "... ao fazer um juízo ético, devo ir além do ponto de vista pessoal, ou grupal, e levar em consideração os interesses de todos os que forem por ele afetados. Isso significa que refletimos sobre os interesses, considerados simplesmente como interesses, e não como meus interesses, ou como interesses dos australianos ou de pessoas de descendência européia. Isso nos proporciona um princípio básico de igualdade: o princípio da igual consideração dos interesses. A essência do princípio da igual consideração dos interesse significa que, em nossas deliberações morais, atribuímos o mesmo peso aos interesses semelhantes de todos os que são atingidos por nossos atos...Podemos tornar o problema mais concreto considerando um interesse específico, por exemplo, o interesse que temos pelo alívio da dor. O princípio diz, então, que a razão moral fundamental para o alívio da dor é simplesmente a indesejabilidade da dor enquanto tal, e não a indesejabilidade da dor de X, que pode ser diferente da indesejabilidade da dor de Y." Idem, p.29/30

[26]Idem, p.48

[27]Nesse sentido, Peter Singer esclarece a partir do exemplo da igualdade de oportunidades face ao sistema de educação que propiciaria a todos as mesmas vantagens. "Equiparar o nível de todas as escolas seria bastante difícil, mas é a mais fácil das tarefas que aguardam um conscencioso proponente da igualdade de oportunidades. Mesmo que as escolas forem as mesmas, algumas crianças serão favorecidas pelo tipo de lar do qual provêm. Um quarto silencioso para estudar, livros e pais que incentivam os filhos a ser bem-sucedidos na escola é algo que pode explicar ..." o sucesso de alguns e o fracasso de outros. "Mas de que modo se pode igualizar um lar? Ou os pais?" Idem, p.48

[28]FERRATER MORA, op. cit., vol. I, p.889



# Direitos humanos: universalismo e utopia[1]

Marcos Rolim

*Deputado Estadual - PT*
*Presidente da Comissão de Cidadania e Direitos Humanos AL/RS*

Ao invés de uma exposição sistemática que oferecesse um caminho mais nítido para se pensar o tema proposto ao debate, minha intervenção será propositalmente fragmentada. O importante, acredito, é permitir que a reflexão possa ser desdobrada e devolvida a cada um dos participantes como um desafio. Assim sendo, quero destacar, inicialmente, algo que me chama bastante a atenção e que diz respeito à polêmica em torno da idéia da universalidade dos Direitos Humanos, por um lado e, de outro, os contrastes ou aporias possíveis diante da afirmação da pluralidade como um valor. Dito de outra forma, parece-me particularmente interessante tentar aprofundar a discussão em torno das exigências pela universalidade — pressupostas na própria idéia de Direitos Humanos, contrastadas pela impugnação proposta pelo relativismo cultural. Tanto quanto pude perceber, o problema foi exposto de uma forma bastante clara, mas não me pareceu que tenha sido indicado qualquer caminho fecundo para enfrentá-lo.

Assim sendo, parece-me importante dizer que se temos a pretensão de lutar pelos Direitos Humanos devemos assumir a pretensão de universalização que lhe é inerente. Ou bem assumimos esta pretensão de atribuir um valor universal aos Direitos Humanos, ou bem não empregamos mais a expressão e abandonamos mesmo a perspectiva de luta correspondente. É evidente que temos um conjunto de culturas — e o caso das tradições muçulmanas é apenas o exemplo mais vigoroso, onde a perspectiva dos Direitos Humanos não é aceita. Nesta e em outras culturas tradicionais as pessoas legitimam majoritariamente outros valores. No caso das atitudes mais comuns quanto às mulheres e seus direitos, este contraste aparece com muita nitidez. Assim, por exemplo, a tradição mu-

çulmana incorpora a prática de excisão do clitóris e admite a condenação à morte por apedrejamento de mulheres acusadas de adultério. Nos países onde vigoram, há uma larga aceitação cultural de atitudes desta natureza que, sem qualquer dúvida, agridem a consciência democrática e violam a perspectiva dos Direitos Humanos. Estamos, então, diante do problema: como afirmar os Direitos Humanos sem violar o direito à diferença; como sustentar o universalismo sem desconhecer o direito à pluralidade dos próprios valores?

O relativismo cultural responderia insinuando que não há como manter a perspectiva universalista e que ela, no fundo, não passa de uma projeção de um outro particularismo, com a diferença de ser o "nosso" particularismo. Acredito que muitas pessoas bem intencionadas podem ser tentadas a aceitar esta resposta. Para mim, entretanto, ela não pode ser sustentada com radicalidade; vale dizer: possui limitações teóricas constitutivas que terminam por desacreditar seus próprios pressupostos. Isto não significa afirmar que os adeptos do relativismo cultural não ofereçam ao debate questões pertinentes. Quero apenas destacar que não me parece ser possível enfrentar qualquer dilema político relevante a partir de uma posição "relativista", se a entendermos, genericamente, como a afirmação de uma ética comunitária — legitimada por comunidades específicas — contraposta aos imperativos de uma ética universalista, como aquela pressuposta no ideário dos Direitos Humanos. Os exemplos referidos ilustram bastante bem o ponto. De fato, aquelas práticas que nos horrorizam são largamente aceitas nos países de cultura muçulmana. Contam, inclusive, com o apoio da ampla maioria das mulheres. Ora, o próprio ideário dos Direitos Humanos integra o direito à auto-determinação das nações como um dos seus valores. Com isto, não se pretende negar a nenhum povo a prerrogativa de estabelecer os seus próprios regramentos. Este mesmo ideário, entretanto, é incompatível com a oferta de dor e sofrimento a quem quer que seja e nos oferece elementos suficientes para um **juízo moral** a respeito daquelas práticas de mutilação e assassinato. Estamos, então, diante de um conflito ético que justapõe dois valores absolutamente imponderáveis: a consideração pela independência e autonomia, de um lado, versus a intolerância diante da violência de outro. Apenas uma ética universalista como a dos Direitos Humanos pode manter a exigência de respeito e luta **pela afirmação dos dois valores**. Se, pelo contrário, tomarmos como suficiente a aceitação cultural de determinadas práticas nesta ou naquela comunidade situada historicamente — abandonando, portanto, a perspectiva universalista — estaríamos absolutamente desarmados, teórica e politicamente, para questionar o mal radical produzido com grande aceitação "interna" pelo nazismo na Alemanha, por exemplo. Além da imensa desvantagem epistemológica pressuposta, estaríamos nós mesmos ameaçados pela condição indesejável de sermos cúmplices da barbárie.

A aceitação da barbárie em nome da defesa da pluralidade não deixaria



de revelar uma postura bastante conservadora. Uma posição que desconheceria o fato de que a própria idéia de Direitos Humanos surgiu de uma luta contra as tradições culturais que consagravam os privilégios, as penas corporais e toda a sorte de violências. Determinados enfoques trazidos à discussão especialmente por alguns antropólogos desconsideram o que há de valoroso em tensões deste tipo e tendem a consagrar o que foi construído como valor em cada cultura. Há mesmo quem esteja disposto a sustentar que não poderíamos valorar culturas diversas, exatamente por sermos exteriores a elas. Caímos, assim, na armadilha proposta por Castoriadis em uma passagem onde ele, polemizando com o relativismo cultural, examina a experiência de um grupo de antropólogos que haviam tomado a decisão de estudar a cultura dos bororós. Para que o estudo fosse profundo, os pesquisadores resolveram mergulhar nas tradições culturais daquele grupo, vivendo como os bororós viviam. O problema, assinalou o filósofo, é que os bororós não são antropólogos e o antropólogo que, de fato, viva como um bororó vai deixar de ser um antropólogo.

A segunda questão em torno da qual eu gostaria de fazer alguns comentários diz respeito ao **"lugar"** que ocupa, atualmente, a plataforma atualizada dos Direitos Humanos, entendida não apenas como as "declarações" tradicionais da ONU, mas como o conjunto de resoluções internacionais que estabelecem pactos de proteção aos direitos fundamentais. A relação que eu gostaria de fazer é, precisamente, aquela que podemos perceber entre esta plataforma atual dos Direitos Humanos e as Utopias.

Ao final deste século, vivemos uma situação bastante peculiar quanto às perspectivas de transcendência; vale dizer: quanto às possibilidades de superação dos padrões de sociabilidade que nos foram legados. A verdade é que já não dispomos de uma "utopia potente" como muitas que embalaram os sonhos das gerações anteriores ou que frutificaram em épocas passadas. A perspectiva utópica mais forte deste século foi, sem dúvida, aquela oferecida pelo Socialismo. Sem querer estabelecer qualquer análise sobre o que ocorreu com esta perspectiva utópica, parece bastante claro que ela encontra-se, na melhor das hipóteses, em cheque. Seja pelas experiências fracassadas que tentaram aproximá-la da realidade — que, no fundamental, reproduziram sociedades desiguais, injustas e violentas — seja pelos impasses e dilemas vividos pela própria teoria que as animou — refiro-me, especificamente, ao marxismo. Especialmente nós que somos militantes de esquerda e que mantemos a firme disposição de luta contra o capitalismo, somos obrigados a reconhecer esta situação sem qualquer meio termo.

O fato é que não dispomos mais de qualquer "receita" quanto ao futuro. Esta carência, em si mesma, parece-me bastante positiva. A idéia de uma **"sociedade desejável"** não pode, mesmo, ser antecipada teoricamente e muito menos se partimos da idéia de um modelo de Estado, de Economia, etc... Este modelo

de projeção utópica, parece-me, está definitivamente impugnado e será, sempre que tentado, uma tentativa renovada de imposição de uma ordem heterônoma o que seria, em qualquer hipótese, **indesejável**. Por outro lado, não devemos abdicar da idéia de transcendência; da idéia de superação do que está posto e que se configura como injusto, sob pena do conformismo e do próprio abandono da política. Como poderemos, então, na ausência do "conforto" oferecido pela utopias tradicionais, conformar uma idéia de "sociedade desejável"? Acredito que o desafio envolva a definição de uma plataforma valorativa, tão sistemática e coerente quanto possível, que cumpra duas funções simultâneas: oferecer um referencial ético que oriente nossas atitudes em direção ao futuro e que nos permita legitimar nossas condutas cotidianas. Um referencial que seja, então, um "norte" e, ao mesmo tempo, que cumpra o papel das "idéias reguladoras", para usar uma expressão kantiana.

Pois bem, estou firmemente convencido de que a plataforma atual dos Direitos Humanos é este referencial ético. Aqui, como em outros momentos, o mais explícito é o menos visível. Diante da plataforma dos Direitos Humanos costuma-se perceber, apenas, a proclamação de princípios genéricos, no mais destinados à sustentar denúncias de violação. O que não se percebe é que esta plataforma é a mais radical e subversiva das utopias modernas e que ela nos oferece um critério insuperável para a legitimação dos nossos próprios esforços de elaboração política. Em outras palavras, quero dizer que a luta pelos Direitos Humanos e a plataforma valorativa que ela encerra insinuam, concretamente, um futuro desejável e estão a oferecer uma perspectiva de transcendência cuja potencialidade política, infelizmente, ainda não foi reconhecida.

**Notas**

[1] Transcrição da palestra proferida no Seminário Internacional Feminino e Masculino - Igualdade e Diferença na Justiça (1995, em Porto Alegre).



# Corpo, sexualidade e gênero

**Maria Luiza Heilborn**

*Doutora em Antropologia Social, professora adjunta do Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Pesquisadora do CNPq*

Este seminário em torno dos temas Corpo, Sexualidade e Gênero, destinado a um público que lida com o Direito, ou que busca este tipo de formação, teve por inspiração a idéia de ilustrar como outros campos de saber, basicamente as Ciências Sociais e, em particular a Antropologia, pensam sobre estas questões e de que modo a reflexão sobre estas "realidades" — Corpo, Sexualidade e Gênero — pode ajudar na prática daqueles que são os operadores do Direito.

Fundamentalmente dois destes termos parecem à primeira vista referirem-se a realidades concretas, experimentadas sensorialmente pelos indivíduos — corpo e sexualidade. Já gênero é um pouco diferente, pois ao se tratar de um conceito, implica uma invenção no sentido de que não existe na natureza. A reflexão antropológica tem por marca assinalar a ilusão dessas realidades. Quais realidades? A idéia de que existe certas dimensões compartilhadas pelos humanos, que constituiram a própria natureza humana. Um destes fatos seria o de que toda a humanidade tem um corpo; que todos os povos têm um sexo, no sentido de uma caracterização anátomo-fisiológica do físico e poderíamos imaginar também que todas as populações do mundo têm alguma coisa que nós chamaríamos de sexualidade.

A Antropologia tem chamado a atenção de que esta realidades são apenas aparentes. Trata-se de uma ilusão de que compartilhamos com os outros seres humanos uma mesma condição fundada na existência do corpo, do sexo, no sentido de existirem machos e fêmeas, e da sexualidade. Na verdade, isso passa sempre e necessariamente por uma simbolização, por

uma construção cultural e social específica.

Tomemos uma primeira "realidade", que nós poderemos chamar de corporeidade, ao nível da estrutura física, das sensações que determinada pessoa tem em relação ao meio ambiente, calor, frio, tato, olhar, paladar, olfato... Isto nos parece a princípio pertencer à ordem da natureza. Contudo, através da comparação entre diversas culturas, nota-se que este patamar também é produzido socialmente. E por que? Porque há uma particularidade da espécie humana. Esta, diferentemente das outras espécies animais, tem sua condição de percepção, de entrada no mundo, necessariamente atrelada à significação, à simbolização.

Nosso corpo não é um entidade natural: o corpo é uma dimensão produzida pelos imperativos/efeitos da cultura. A nossa sensação física passa, obrigatoriamente, pelos significados e elaborações culturais que um determinado meio ambiente social nos dá. Um exemplo que as feministas melhor exploraram para demonstrar a não naturalidade do feminino, refere-se à crença profundamente arraigada na nossa cultura de que as mulheres têm instinto maternal. Nós temos essa representação de que as mães têm uma tal ligação com seus filhos, que elas sentem quando eles estão sofrendo, que elas ouvem alguma coisa à distância que acontece com eles e, que há, portanto um tipo de vínculo que transcende qualquer tipo de explicação racional que nós pudéssemos dar.

A própria expressão "instinto maternal" já aponta para a naturalização que o corpo apresenta na cultura ocidental. Em especial, o corpo das mulheres. Para essas, (nós) a natureza da maternidade é de tal ordem que nós teríamos uma inscrição corporal de afeição em relação à própria prole. Ora, uma série de estudos feitos na tradição francesa da história das mentalidades, e particularmente um livro que ficou bastante conhecido da Elizabeth Badinter (*Um Amor conquistado*) desmistifica essa idéia do instinto maternal, assinalando de que maneira ocorreu uma deliberada construção deste vínculo, hoje fundamental, das mulheres com seus bebês. Isso foi historicamente produzido, através de uma série de políticas de saúde, políticas de higienistas a partir do século XVIII (cf. Donzelot, 1979 e Costa, 1979).

Desmontar a crença na idéia de um corpo natural parece um absurdo de um ponto de vista ocidental. Mas, a literatura antropológica registra um famoso caso de um nativo Canaque que ao ser perguntado pelo etnólogo sobre o modo como eles tinham apreendido a noção de alma a partir do trabalho de evangelização realizado pelos colonizadores, o informante respondeu que o que os canaques haviam aprendido é que eles tinham um corpo (cf. Leenhardt, 1947 e Le Breton, 1988).

Embora os(as) antropólogos(as) sustentam que as idéias (valores) são produzidas pela cultura, elas passam a ser uma realidade, na medida em que os seres humanos são socialmente construídos e as representações têm o poder de



engendrar realidades concretamente sentidas pelos sujeitos. Se cremos que há um vínculo entre uma mulher e sua criança, essa representação poderosa se inscreve no corpo e no psiquismo das mulheres (se aceitarmos essa bipartição) a ponto de nós podermos de fato dizer que a cultura ao modelar a idéia de um instinto da maternidade, de fato o cria.

Estamos aqui portanto problematizando a representação de que existe qualquer coisa que nós pudéssemos imaginar como uma natureza humana, uma essência imutável, que percorreria todas as culturas; todos os grupos sociais; e que homens e mulheres teriam uma espécie de substrato comum, que seria mais ou menos inalterável. O esquema mental estipularia uma espécie de visão de patamares, a cultura viria depois e alteraria um pouquinho essa primeira base que é o biológico (cf. Geertz, 1978). Não acreditamos que exista uma espécie de cerne duro, que explicaria uma condição humana, não importando o tempo, o local, a classe social, a cultura, a religião... Estou querendo chamar a atenção para o fato de que não é possível operar com tal pressuposto. Ontem nós tivemos, na exposição da professora Kimberle, uma série de exemplos de que maneira haveria pressuposições na aplicação do Direito, que opera com representações do masculino e do feminino, como se estas representações fossem passíveis de serem aplicadas em todos os contextos culturais. O que ela nos alertava era para a existência de uma série de pressupostos de gênero aplicada na operação do Direito; no caso do estupro de uma menina negra nos Estados Unidos, por exemplo, havia o pressuposto de que esta tinha uma sexualidade diferente de um padrão considerado branco e, portanto, em um certo sentido ela não teria a mesma castidade de uma mulher branca. Ora, o pressuposto era de que as populações negras eram naturalmente dotadas de uma sexualidade mais descontrolada e que, portanto, a conduta daquela mulher deveria ser julgada a partir dessa idéia. O que eu estou querendo mostrar com isto é que quando o Direito opera com uma série de representações sobre a naturalidade, atualiza a idéia de que existe uma espécie de essência de determinados grupos, essência essa sempre combinada através de julgamentos preconceituosos, em relação a gênero e a sexualidade. Num quadro de uma sociedade que se deseja igualitária, fundada em direitos humanos universais, estamos operando de uma maneira inadequada e injusta.

Eu queria salientar agora alguns pontos para a nossa reflexão. O primeiro deles é a idéia de relativizar esta concepção organicista do corpo, enfatizando que ele é apenas aparentemente uma espécie de suporte natural, para todas as populações, para todos os sexos e idades. E se acatarmos o pressuposto de que o corpo também ele é efeito de um trabalho de elaboração cultural, ou seja, se considerarmos que a própria percepção, as próprias sensações físicas, os próprios sentimentos são efeitos da cultura, nós podemos chegar à conclusão de que é necessário fazer estudos detalhados de como o corpo é percebido, em cada

segmento cultural. A idéia fundamental que temos em Antropologia é que na verdade esta percepção do corpo está associada à própria concepção de pessoa, que um determinado grupo social ou uma determinada cultura produz.

Temos várias representações dentro de uma sociedade complexa, como é a sociedade brasileira. Há representações sobre o estatuto da pessoa humana muito distintas. Por exemplo, se alguém crê na idéia de reencarnação, a concepção dessa pessoa sobre o que significa ser um sujeito implica que este não é um sujeito único e permanente o tempo inteiro. É um sujeito que se desdobra no tempo e, portanto ele é, ao mesmo tempo, uma pessoa que vive um determinado instante aqui, mas que a explicação dos atos de sua realidade se desloca no tempo, se desdobra em várias outras pessoas, que ele reencarna a partir de uma determinada trajetória. Ora, essa concepção de pessoa, que implica uma adesão ao mundo das idéias do kardecismo, não é a mesma concepção de pessoas que não acreditam em reencarnação. Aqui nos deparamos com problemas relativos a crença na predestinação, no destino, em suma na concepção de responsabilização de cada sujeito sobre os seus atos, o que pode variar muito. Portanto, a própria noção do que significa ser um sujeito é radicalmente variável, dependendo do sistema de crenças ao qual nós estamos nos referindo. Outro exemplo é o universo das crenças dos cultos afro-brasileiros, em que se tem a idéia de que uma determinada pessoa é representante dos orixás, que tomam conta da sua cabeça e, portanto, a sua conduta no dia-a-dia não é apenas explicável por uma história de vida pessoal, nasceu aqui, casou-se, trabalha em tal local, tem filhos ou não — mas é explicado por uma determinação da sua conduta, em função dos santos que dominam a sua trajetória de vida. A mesma coisa aconteceria se eu pegasse um exemplo de quem professa religiões cristãs e que, portanto, não concebe que a sua conduta seja determinada por santos, que controlam seu destino. Ora, estou pegando esses exemplos relativos à religião para sinalizar de que maneira a própria idéia do que significa uma pessoa humana varia de contexto para contexto.

Proponho portanto que a própria concepção do que significa corpo, numa determinada sociedade, varia em função do estatuto da pessoa humana naquele contexto. Desse modo, a aparente realidade imutável, que significa que todos os humanos têm um corpo, tem que ser pensada dentro de um contexto cultural específico. A própria experiência do corpo não é uma experiência universal, ela está determinada por um conjunto de concepções, que fazem com que a própria sensação corporal seja ela mesma produzida por estas idéias que nos situam no mundo. Isso pode parecer estranho, pois acaba por radicalizar a possibilidade de uma espécie de incomunicabilidade entre os humanos; essa é uma possibilidade que é contrabalançada por uma perspectiva universalista mas não necessariamente essencialista.

As conseqüências do exposto levam à implicação de desmontar qualquer



pretenção positiva de uma idéia muito poderosa, que apareceu a partir dos anos 60, e que integra um pouco as nossas concepções modernas — a de que o corpo fala por si próprio. O corpo não fala por si próprio, se ele enuncia algo é aquilo que a própria cultura o autoriza a falar. A idéia de que o nosso corpo nos pertence, tão cara ao feminismo (e politicamente de muita utilidade nos embates sobre contracepção e aborto), que o corpo deve ser liberado, deve ser ouvido, originase de uma série de movimentos da contracultura do anos 60 (o próprio movimento feminista, o movimento homossexual, e o movimento negro), que afirmavam que o corpo é um emissor em si de verdades às quais a cultura está se antepondo, oprimindo, reprimindo. Minha intenção aqui é mostrar que se trata de uma das representações possíveis sobre o corpo e que ele só fala a partir de significados atribuídos a ele.

A segunda dimensão importante também na direção da desnaturalização refere-se ao campo das idéias relativas ao gênero. Esse conceito de gênero foi um conceito produzido a partir dos anos 70, basicamente no campo das Ciências Sociais, para chamar a atenção dessa compressão que havia na nossa própria linguagem, que compreendia sexo, remetendo à caracterização das pessoas em machos e fêmeas, mas também dizia respeito à conduta social esperada para cada um desses seres. O conceito de gênero foi produzido pelos Cientistas Sociais, com a idéia de discriminar, de separar aquilo que era o fato de alguém ser macho ou fêmea, e o trabalho de elaboração, de simbolização que a cultura realiza sobre essa diferença sexual. Sobre este tema há o interessante livro de Laqueur (1991).

O conceito foi produzido com a intenção de justamente discriminar estes dois níveis; o anátomo-fisiológico do social/cultural. Isto é o que significa ser homem e mulher vai variar com o contexto cultural. O conceito de gênero vem quebrar com certo essencialismo implicado na concepção de papel sexual, quase que automático em função de remeter diretamente à condição anátomo-fisiológica dos seres humanos. Gênero hoje se tornou bastante difundido, ainda que se deva assinalar que há diferentes apropriações teóricas em cima do mesmo termo. Discute-se longamente qual é o procedimento que a cultura realiza na qualidade de sistema simbólico sobre o fato "natural" da diferença sexual, Em suma, como se dá a origem da categorização de gênero.(Buttler, 1990 / Mathieu, 1991)

Dependendo do tipo de perspectivas teóricas, você tem uma série de implicações. Há, por exemplo certas perspectivas que vão falar que o gênero sempre implica uma relação de poder, um gênero dominante e um gênero subordinado. Há determinadas perspectivas que vão dizer que não, que necessariamente há determinadas culturas que poderiam ter um tipo de classificação de papéis de gênero, que não estabeleceria a priori nenhum tipo de discriminação, ou de assimetria, entre o masculino e o feminino, haveria uma espécie de complemen-

tariedade, seria uma das possibilidades que as culturas lidariam.

E, há outras perspectivas que vão afirmar que há, no efeito de classificação do que é masculino e feminino, sempre um vetor de assimetria que estabelece o masculino como o pólo valorado, e o feminimo como o pólo subordinado. Aí é importante chamar a atenção que, quando o pólo masculino é valorado e o pólo feminino desvalorizado, não se está, necessariamente, associando masculino a homens e feminino a mulheres. Exatamente uma das coisas que a Antropologia nos auxilia através da comparação das diversas culturas e materiais vindos de outros lugares é exatamente sobre a possibilidade de um certo descolamento da condição sexual anátomo-fisiológica e o papel de gênero. Um dos exemplos mais claros dessa possibilidade de disjunção entre um e o outro plano nos é trazido por uma sociedade africana de pastores no Sudão, de linhagem patrilinear onde, por exemplo, uma mulher que seja infértil — é um problema para esta sociedade. Esta mulher é rejeitada pelo marido e volta para o clã de seus pais, de seus irmãos. Nesta condição, esta mulher pode comprar uma outra mulher, porque é uma sociedade pastoril, o casamento se faz através da compra, através de cessão de gado, compra uma mulher, se casa com ela e tem filhos com esta mulher, através de um escravo de uma outra etnia. Ele engravida essa mulher-esposa e os filhos dessas mulher-esposa passam a ser referir à mulher-marido como pai. É possível uma mudança de gênero nessa sociedade. Esse casamento entre mulheres não implica nenhum tipo de contato sexual, não há nada que se possa imputar como um vínculo homossexual entre essas duas mulheres; se trata, basicamente, de uma estratégia do sistema de parentesco para resolver um problema de infertilidade e fazer com que essa mulher se reintegre nesta linhagem paterna, tendo ela um lugar neste panteão de ancestrais. Essa mulher-marido passa a ter filhos que se referem a ela como pai e ela passa a integrar conselhos de anciões, relativos à tribo. Apesar de permanecer sendo uma mulher, a sua condição de gênero a faz ascender a um estatuto masculino (Evans-Prtitchard, 1965).

Quando chamo a atenção para isto é para mostrar que há a possibilidade de assimetria entre masculino e feminino. Não estou dizendo que sempre os homens dominam e as mulheres são dominadas, mas, há alguma coisa na ordem da constituição da cultura que sempre estabelece um pólo valorado, que tende a ser o masculino, e um pólo subordinado que é o feminino; isso não impede que homens e mulheres possam transitar nessas posições. É claro que isso não é um ato de vontade, um ato voluntário por parte dos indivíduos; eu não decido propriamente se vou poder transitar de uma esfera para outra, faz parte do campo de possibilidades dos ditames da cultura, que permite aos sujeitos, que estão nela enredados, produzidos e modelados por este próprio sistema de significação, a possibilidade de transitarem para os domínios masculinos e femininos. Há culturas que podem estabelecer uma maior rigidez entre a condição de sexo



anátomo-fisiológica e o papel de gênero e outras culturas que permitem uma maior flexibilidade em relação a esta possibilidade de transição. Peguei um exemplo exótico, de uma cultura africana, mas eu poderia adicionar outras possibilidades em relação a este sistema de classificação: é o caso dos travestis, que são homens que transitam para um gênero feminino. Citando Simone de Beauvoir, a anatomia não é um destino inexorável, mas certamente ela estabelece constrangimentos.

Uma das questões que aparece certamente nessa problemática sobre o gênero é saber qual seria a raiz desta necessidade da diferença. Adotando a idéia de que há uma relação de poder, ou assimetria, hierarquia entre o masculino e o feminino, qual seria a explicação para o desequilíbrio na relação entre os sexos. Quando se olham vários grupos, observa-se que há sempre uma constante de subordinação, de lugar menos valorizado para as mulheres e para o feminino, no conjunto da sociedade, no acervo das experiências humanas que a história já recolheu.

Várias hipóteses já foram formuladas, algumas apontaram para a idéia de que certamente estaria no fato de na natureza o trabalho reprodutivo ser marcadamente desigual; as mulheres produzem os bebês e isso explicaria essa desigualdade, esta subordinação. O fato das mulheres darem a vida faria com que elas fossem mais comprometidas com a vida e os homens teriam uma espécie de vocação guerreira, tirariam mais a vida. A relação masculinidade/violência, masculinidade/guerra é algo que aparece com bastante constância na história da humanidade. Isto pareceria indicar uma espécie de essência, em função desse trabalho reprodutivo diferenciado no plano dos corpos. Poderia explicar essa assimetria no plano da cultura.

Será que a natureza não teria imposto um limite à capacidade de simbolizar, através dessa diferença nos corpos: as mulheres portam os bebês e o homens têm uma relação mais distanciada das crianças? Certamente, essa não me parece ser uma explicação razoável. Se há alguma explicação passível de ser interessante seria muito mais a idéia de que não se trata tão somente de que as mulheres dão à luz às crianças, mas que fundamentalmente as mulheres produzem seres humanos iguais e diferentes. As mulheres dão origem a homens e mulheres e o que seria o imperativo do simbólico é a necessidade de marcar, de descolar a identidade masculina dessa produção que passa pelo feminino (Heilborn, 1993). É imperativo que a masculinidade seja instituída e marcada como diferente. Ou seja, é necessário que a cultura produzisse a identidade masculina, como separada desse mundo do qual ele emerge, seria uma operação do pensamento simbólico que faria com que o masculino estivesse sempre associado às idéias de separação, de identidade mais individualizada do que a identidade feminina. Nós teríamos, assim, um determinado tipo de abordagem, que é estruturalista, sobre esta perspectiva do gênero enfatizando que o que se instala

não é um poder de homem sobre as mulheres, mas uma operação da cultura onde o masculino é valorizado, mais do que o feminino, porque é necessário produzi-lo como uma identidade separada do feminino. Seria essa operação simbólica que explicaria, na verdade, as atualizações concretas de poder, desigualdade, subordinação, que estariam associadas ao masculino. Convém lembrar que mulheres e homens podem estar ocupando a posição masculina e mulheres e homens podem ocupar a posição feminina.

Cumpre um esclarecimento, a despeito da minha trajetória de feminista, acredito que as desigualdades de gênero podem ser minimizadas, mas jamais serão anuladas, faz parte da ordem da cultura estabelecer um valor a mais para o masculino, em função desse raciocínio que eu desenvolvi.

Eu queria, agora, passar para o terceiro ponto da minha exposição, que se refere à sexualidade. Também utilizando-me da mesma estratégia de desnaturalização, de desconstrução, chamar a atenção para o fato da sexualidade ser uma invenção, uma invenção ocidental. Estou me reportando aos trabalhos de Michel Foucault. Evidentemente em todos os lugares, em todos os momentos da história sempre, houve sexo, sempre houve atividade sexual, portanto sempre houve significados atribuídos ao sexo. Mas isso que nós chamamos de sexualidade tem um conteúdo específico, dentro da trajetória ocidental: significa que a sexualidade (da qual evidentemente a psicanálise acabou se tornando um dos canais difusores mais fortes) é uma dimensão da pessoa humana, moderna, ocidental, radicalmente importante para a explicação de quem ela é. Ora essa idéia de que a sexualidade é fundamental para explicar quem é o sujeito, trata-se de uma experiência histórica e cultural específica do Ocidente que, por efeitos da própria posição hegemônica deste através de seus desdobramentos: capitalismo, dominação, e imperialismo — acabou por exportar essa concepção, globalizando-a. A sexualidade é uma dimensão importante das pessoas. Isso é uma crença que o ocidente desenvolveu em relação ao que significa a importância dos desejos, das sensações e daquilo que acabamos tornando uma espécie de classificação extremamente forte e estranha, que é esta classificação que separa entre duas categorias, mais ou menos excludentes chamadas de hetero e homossexuais. Os bissexuais sempre causam certo desconforto, pois eles parecem estar no meio de duas categorias que são em si exclusivas e, que não deveriam se misturar. Ora, nos quadros do formulação psicanalítica, os humanos são essencialmente bissexuais e que, na verdade, a trajetória de vida vai marcar uma determinada preferência por um objeto do desejo.

Vou dar outro exemplo retirado da literatura antropológica: um material da Austrália dá aos antropólogos um elenco dos exemplos mais exóticos em relação à área sexual. Particularmente, eu queria mencionar o caso de uma cultura que já está desaparecida. A dominação colonial britânica acabou com essas práticas, mas nessa região da Melanésia, há um determinado padrão de



cultura onde a transação de sêmen é central para o seu sistema classificatório. Nessas culturas, o sêmen é percebido como o princípio vital e existe uma série de rituais que envolvem a manipulação do sêmen. Essa cultura chamada Marind-amim, é um exemplo radicalmente diferente do nosso, em função da própria concepção de pessoa que é vigente nessa sociedade. Lá preside a idéia de que é necessário fabricar o corpo após o nascimento. Há uma série de culturas primitivas que têm representações semelhantes: o corpo não está completo quando foi gestado no corpo da mãe. Em algumas sociedades indígenas brasileiras, por exemplo, há idéia de que são necessárias várias cópulas para que se fabrique a criança no corpo da mãe. Um único ato sexual, que nós sabemos ser necessário para dar origem à criança; numa sociedade indígena são necessárias várias cópulas. Na cultura Marind-amim há uma idéia de que após o nascimento das crianças, sobretudo dos meninos, é necessário que haja transferência de sêmen, porque o sêmen é o princípio vital e isto que fortalece a estrutura de um homem. Essa transferência de sêmen, através de um contato do tio materno e seu sobrinho, está regulamentada pelas relações de parentesco. Assim, o irmão da mãe mantém relações sexuais com a criança em torno de oito aos 14 anos. Então, isso é a fabricação do corpo, através da transferência do sêmen do tio materno para esse sobrinho. Quando esse menino se torna adulto, ele terá a mesma obrigação de parentesco com o filho da sua irmã. Aqui temos um caso que, aparentemente, surgiria como um caso de patologia social, porque toda a sociedade seria, aos nossos olhos, uma sociedade de homossexuais masculinos, porque as mulheres não têm nenhum tipo de relação similar. O que teria acontecido naquela região do mundo para que todos nascessem homossexuais, ou então que aquela cultura valorizasse enormemente esses traços?

Não se está falando de homossexualismo. O fato de haver um contato corporal entre pessoas do mesmo sexo, não nos autoriza a falar de homossexualismo, porque o homossexualismo está absolutamente vinculado a esta percepção ocidental de que há um desejo, uma motivação erótica em direção a um corpo que lhe é anatomicamente semelhante. A psicanálise chama a atenção de que entre o corpo e o desejo não há nenhuma co-relação imediata, mas existe uma cultura em que as concepções passam pelo sexo, obrigações de parentesco, e o sexo não é, necessariamente, um lugar de realização de desejo individual e erótico. Pelo sexo passam outras coisas que não apenas aquilo que nós atribuímos na nossa tradição ocidental a uma dimensão de desejo. A minha intenção ao trazer esse exemplo é a de assinalar que a atividade sexual pode estar revestida de outros significados que não apenas a satisfação erótica. Portanto, também não é possível imaginar que a sexualidade é um valor, uma realidade universal; ela o é num contexto social específico.

Adotei esta estratégia de desconstrução do corpo, do sexo, do gênero e da sexualidade — exatamente para trazer essas reflexões e de alguma maneira,

embaralhar algumas certezas que, porventura, vocês possam ter sobre esse aporte necessário e imutável da natureza dentro da vida social. Acabei de fazer aqui uma espécie de defesa radical do relativismo, da desconstrução e da recusa de qualquer possibilidade de pensar a condição humana como uma condição de essência. Trata-se de imaginar quais são os parâmetros, quais são os paradigmas que um determinado grupo social, um determinado contexto cultural histórico específico estabelece para as pessoas existirem enquanto tal. Talvez a tarefa mais delicada daqueles que trabalham no campo do Direito é desmascarar determinadas pressuposições que são de um determinado grupo, em geral um grupo hegemônico, e que passam a ser tomadas como se fossem universais, pelo menos para aquela sociedade. Ou seja, idéias, concepções sobre pessoas, sobre conduta, sobre corpo, sexualidade e gênero, que são extraídas de um grupo específico, são generalizadas para o conjunto da sociedade e tomadas, o que é pior, como verdade imutáveis.

A minha idéia foi, em trazendo essa reflexão da Antropologia, chacoalhar um pouco essas certezas, chamando a atenção de como é possível e qual seria a possibilidade de refinar a prática da aplicação do Direito, justamente levando em conta que outros grupos sociais lidam com estas mesmas categorias que nos pareceriam estáticas, fixas na natureza, outros grupos podem lidar com estas dimensões, a partir de um outro olhar.



**Bibliografia**


BUTTLER, Judith. *Gender trouble, feminism and the subversion of identity*. New York, Routledge, 1990

EVANS-PRITCHARD, Edward. *The position of women in primitive societies*. London, Routledge, 1965.

COSTA, Jurandir Freire - *Ordem Médica e Ordem Familiar*. Rio de Janeiro, Graal, 1982 (checar com Anna Paula Uziel)

DONZELOT, Jacques. *A polícia das famílias*. FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade: a vontade de saber. MATHIEU, Nicole-Claude. Identité sexuelle/sexuée/de sexe? trois modes de conceptualisation du rapport entre genre et sexe In: _____ L' Anatomie Politique - Catégorisations et Idéologies du Sexe. Paris, Côté-Femmes Éditions, 1991 [227-266].

FOUCAULT, Michel. *A História da sexualidade*: a vontade de saber. Rio de Janeiro, Graal, 1979.

_____ A Política de Saúde do século XVIII In: _____ *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro, Graal, 1990 [193-207].

GALLAGHER,Catherine e LAQUEUR, Thomas *The making of the modern body*. Berkeley, University of Californa Press, 1987

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro, Zahar, 1978

HEILBORN, Maria Luiza "Gênero e Hierarquia: a costela de Adão revisitada" in *Revista Estudos Feministas* volume 1, número 1 CIEC/ECO/UFRJ,1993.

LAQUEUR, Thomas *Making sex*. Cambridge, Harvard University Press, 1990.

Poder. Rio de Janeiro, Graal, 1990 [193-207].

LE BRETON, David. Dualisme et Renaissance: aux sources d'une représentation moderne sur le corps In: *Diogène*,n. 142 [42-63]e

LEENHARDT, Maurice. *Do Kamo*. Paris Gallimard, 1967.

MATHIEU, Nicole-Claude. Identité sexuelle/ sexuée/ de sexe? trois modes de conceptualisation du rapport entre genre et sexe In: _____ *L' Anatomie Politique - Catégorisations et Idéologies du Sexe*. Paris, Côté-Femmes Éditions, 1991 [227-266].

# A Questão do gênero no Direito

**Luis Alberto Warat**

*Professor titular da UFSC. Coordenador do curso de pós-graduação de Ciências Jurídicas da Universidade de Tuiuti, no Paraná. Autor de 27 livros nas áreas do Direito e Psicologia e mais de 100 artigos publicados*

Entre os anos 60 e 70 a condição de marginalidade da mulher começou a se revelar de um modo diferente. Os estudos de gênero ganharam corpo. Assim abandonaram alguns dos antigos confrontamentos entre os sexos e se passou a pôr ênfase nas conseqüências e significados que tem, para uma dada sociedade, pertencer a cada um dos sexos, devido ao fato de que os efeitos sociais desta pertinência, longe de serem naturais, são fruto do imaginário social instituído. São expressões de gênero: os sentidos socialmente atribuídos ao fato de ser homem ou mulher numa determinada formação social. A feminilidade e a masculinidade como um elaborado social que fixa posições hierárquicas e lugares de poder. Desigualdades e discriminações. Estamos vendo a questão do gênero como um dos fatores de constituição da subjetividade masculino-feminino. Mas não o único, se se quer aportar um olhar diferente — ao lado de fatores religiosos, de classe, de raça, de formação educacional — sobre os devires da subjetividade humana. Falo dos efeitos imaginários da configuração de uma sociedade patriarcal sobre a determinação da subjetividade masculina ou feminina.

Quando se fala do gênero, está se colocando em discussão as implicações que o exercício do poder tem sobre a configuração da subjetividade masculina e feminina. O gênero determinando as áreas de poder diferenciadas para ambos os tipos de subjetividade, com distintos efeitos sociais. Para o homem o poder econômico-racional. Para as mulheres o poder dos afetos.

O homem na liderança política, constituindo o mundo. A mulher na lide-

rança emocional, dentro do âmbito doméstico, com o controle dos afetos que circulam na família. A mulher como elemento de contenção dos homens confrontados com as hostilidades da vida pública. A luta para o homem e o amoroso para a mulher.

A categoria do gênero, se bem pode ocupar-se da subjetividade masculina e seus mal-estares, tem sido pouco empregada nesse sentido. É uma categoria que geralmente vem sendo utilizada para enriquecer a compreensão da subjetividade feminina culturalmente vulnerável e o mal-estar das mulheres diante dos modos em que se encontram afetadas no exercício de seus diversos lugares sociais.

Por exemplo, existem poucos estudos sobre os ideais culturais que normatizam rigidamente o sentimento de ser dos homens, o que devem fazer e desejar para serem reconhecidos como tais e diferenciados das mulheres. Estou fazendo referência a ordem cultural que condiciona e/ou determina o narcisismo masculino, suas buscas de amor e reconhecimento (diante de si mesmo e ante os demais). O formato da masculinidade determinado pela cultura. A lei do gênero, os mandatos primários desde que o homem (ou a mulher) constrói seu sentimento de si.

A lei do gênero faz referência às tipificações (e/ou estereotipações) que normatizam formas diferentes de subjetividade, conforme o sexo que se possua. É uma lei que organiza de um modo maniqueísta as condições existenciais de ambos os sexos, assim como regula os comportamentos socialmente requeridos para ser hetero e auto reconhecido como homem ou mulher. Uma lei que naturalizando as diferenças nega a produção social da subjetividade.

A lei do gênero, pouco tematizada com os homens, determina — de um modo silencioso — atributos de masculinidade que asseguram para os machos de nossa espécie, lugares de domínio (sobre si mesmo, a natureza, e as mulheres e as crianças); valores (liberdade, sabedoria, justiça, coragem e ambição) e atributos (sangue-frio, racionalidade, serenidade, fortaleza, segurança — em si mesmo e frente ao mundo) e poderes (políticos e sobre os outros) e o ideal de masculinidade (políticos e sobre os outros), a auto satisfação irá aumentando a medida em que cada indivíduo se aproxime destes requisitos ideais. Altos preços sociais e psicológicos serão pagos pela inadequação.

Cada homem, para ser socialmente reconhecido como tal, deverá passar por inúmeras provas no espaço público. Além da lei do gênero, os homens precisam dos outros homens para serem reconhecidos em sua masculinidade. Necessitam fazer-se homens adequando-se às normas de masculinidade interpretadas por seus pares. Ser todo homem constitui um objetivo narcisista que funciona como condição de sentido para sua subjetividade. Uma exigência infinita que põe permanentemente em tela o juízo de sua identidade, abrindo um perpétuo interrogante sobre sua condição masculina. Os homens não se perguntam o



que é ser um homem. Eles se perguntam (dando por descontada a resposta, pela lei da masculinidade) se são suficientemente homens. A hombridade sempre questionada, permanentemente à beira de sua desqualificação. Isto gera um imperativo que legitima o excesso de comportamento reiterado. O excesso confirmando a identidade: a valentia convertida em temeridade, a autoridade em autoritarismo, a competência em agressão e a onipotência no lugar da morte ou fragilidade.

O excesso no lugar do ainda mais do desejo. O excesso de hombridade no lugar do devir dos desejos. Em qualquer crise de subjetividade sempre há um excesso que a nega. Trata-se de provar que se é mais homem para ignorar qualquer tipo de frustração. O excesso assegurando uma imagem (valorizada em muitos casos de uma maneira maior que a própria vida). Com o que os homens não sabem se cuidar nem amar. Perdem a liberdade em nome de um ideal excedido em hombridade.

A identidade feminina não depende de nenhum excesso (muitos deles, inclusive são censurados). Não existe a preocupação por ser toda mulher. Elas se perguntam sobre o que é ser mulher. No lugar do excesso há um enigma. A lei do gênero estabelece a incerteza e a ambivalência como condição. As mulheres não assumem nenhum ideal valorizado para elas mesmas. Não pretendem ajustar-se à nenhuma normativa. Principalmente porque as normas de feminilidade são estabelecidas pelos homens que se reservaram o Direito de julgá-las e reconhecê-las em sua condição feminina. Num certo sentido, a feminilidade, depende de sua normatividade posta em crise. O masculino que as determina (como inversão da lei da masculinidade) questionado. No fundo, um reconhecimento do devir mulher como única condição. Não há lei do gênero para a mulher, existem devires.

No devir-mulher não existe nenhuma busca de essências, nenhum ajuste à uma normativa ideal. Existe a fragmentação, o rizoma. Práticas inconformadas que procedem por intercessões, por linhas cruzadas, pontos de encontro e fuga com a masculinidade. Não há sujeito-mulher, o que há são agenciamentos coletivos de enunciação, não há especificidade feminina, o que há são linhas vivas, linhas quebradas. Devir-mulher, é voltar-se cada vez mais sóbria, mais simples, cada vez mais deserta e por essa mesma razão, povoada. O passeio que se desfruta, como ato, como política, como experimentação da vida, como criatividade.

O uso nômade da vida. Sempre a busca de um mais além do desejo como o mais refinado gesto de criatividade. Fazer do pensamento uma força nômade que a libere das normas convertidas em modelo e arma de dominação.

Ser-mulher é estar presa num devir que não é um desenvolvimento nem uma evolução. Unicamente um roubo aristocrático dos elementos que permitem uma transformação e uma fuga dos modelos, dos pólos de captura. Um desli-

zar-se, um crescer entre as outras coisas. Um encanto, um estilo. O barroco. A paciência que permite saborear a vida. A possibilidade de perceber em cada instante a totalidade. Todos os tons, todos os intervalos. A eliminação de todo o *kitsch*, a dissolução de todos os dualismos. Fazer correr a linguagem entre seus dualismos constitutivos. Tartamudear para criar um uso minoritário da linguagem. Multiplicar para desejar, multiplicar para ir criando a liberdade. O múltiplo como o sentido que se instala entre outros dois sentidos. Um arroio de subjetividade que passa entre dois sentidos, que não pertence nem a um nem a outro, mas que arrasta aos dois num devir.

Falo das linhas de fissura que vão segmentando os lugares socialmente congelados: a família — a escola — a profissão, as férias, o lazer, a aposentadoria, o homem, a mulher, tudo o que nos obriga a comportamentos estereotipados. Linhas de fissura que nos arrastam para um destino imprevisível, não pré-existente. Linhas de fissura que nos permitem deixar-nos surpreender pela vida. O caminho de recuperação do poético reprimido que há em cada corpo trabalhado pela cultura. A linha de fuga de intocáveis ideais identificatórios, de modelos defensivos. A transformação de rígidas identificações, permitindo novos horizontes identificatórios. Devires identificatórios que facilitem a auto conservação, o saber-querer, o cuidado da própria vida e alheia.

O gênero é um devir. Um arroio de subjetividade que passa entre o masculino e o feminino normatizado, para permitir que ambos os sexos possam se deixar surpreender pela vida. Por enquanto, as mulheres estão mais próximas que os homens do gênero como devir. Os homens não conseguiram fissurar o tipo normativo que lhes exige exceder o tipo para ajustar-se ao mesmo. Pretendem fazer-se homens antes que devir-homens. O futuro da transformação social não deixa de ser uma aposta no encontro do homem e da mulher em seus próprios devires. O social transformando-se no entre nós destes devires. Cada devir roubando-lhe algo que lhe permita multiplicar sua própria condição de surpresa diante da vida.

Esta questão de gênero como devir é também importante porém mais complicada para o Direito. Quero me deter um pouco neste ponto. A justiça é um valor aderido ao ideal normativo da masculinidade. O homem se vê a si mesmo como portador natural de um sentido de justiça. No modelo da condição masculina nem sequer se coloca a justiça como questão. Quando, por exemplo, se pergunta às mulheres porque querem ser juízas, muitas delas respondem porque se sentem equilibradas, com possibilidades de decidir a vida dos outros. Ao homem isso sequer lhe passa pela cabeça. Assume como natural a sua possibilidade de decidir a vida dos outros. Ele tem, por natureza, essa condição. Não necessita afirmá-la. Ele traz em seu peito o sentido da lei, não precisa conquistar este valor. Identifica-se com a lei sem nenhum tipo de questionamento. A tipicidade jurídica que determina idealmente a sua masculinidade.



O homem tem um domínio inquestionável sobre a lei jurídica. Ao contrário, às mulheres que têm acesso ao espaço jurídico é exigida a subordinação aos homens da lei. Têm que se adequar ao modelo de masculinidade para serem aceitas. Precisam permanentemente provar que se adaptam ao modelo masculino.

As mulheres que decidem o Direito necessitam, inclusive, dar provas de que cumprem com mais eficácia o modelo masculino, têm que demonstrar que são mais homens da lei que os próprios homens. Não há lugar para o devir-mulher dentro dos espaços de poder exercidos nas práticas do Direito. As mulheres têm poucas oportunidades para estabelecer fissuras no imaginário jurídico. A maioria delas nem sequer desenvolve esta questão.

O modelo de masculinidade do Direito é tão forte que termina por convencer, à maioria das mulheres da lei que o Direito é assexuado. O que não é outra coisa que uma imposição para que elas aceitem que a lei da masculinidade governa a interpretação e a aplicação do Direito. As juristas só podem ser mulheres à margem de sua profissão.

Numa recente investigação que efetuei na Universidade de Santa Catarina, quando eu as interrogava sobre o sentido da lei em suas mãos, sentiram-se ameaçadas pela própria pergunta. A pergunta já era toda uma intervenção institucional. Um analisador que as colocava diante de questões que nunca se haviam formulado. Nunca repararam que poderiam estabelecer um devir-mulher no meio das decisões jurídicas. Encontrar intensidades de sua feminilidade aplicando a lei. Em geral, elas não se atrevem a tartamudear para falar a linguagem do Direito. Não conseguem ter a alma de uma bailarina para decidir a vida dos outros. A poesia para elas é uma atividade noturna e privada. Uma questão de afetividade que escapa à dureza marmórea dos conceitos jurídicos.

Quando a mulher, dentro do Direito, se pergunta por sua condição feminina, busca um excesso na resposta. Pergunta-se como se faz para ser mais jurista. Encontra a resposta buscando um excesso em sua aplicação da lei do gênero imposta pela masculinidade, excedendo toda a bagagem com que conta a subjetividade masculina que põe em jogo em cada ato de aplicação da lei.

Falar do gênero no Direito é uma postura que define um uso minoritário da linguagem (no caso da linguagem jurídica) para o conjunto das significações contingentes que os dois sexos assumem no contexto de uma dada sociedade. Também uma fissura nas relações de subordinação das mulheres, fissura destinada a provocar transformações no campo imaginário da masculinidade. Uma cartografia de dois devires conjugados. A compreensão da subordinação da mulher como fato cultural que provoca efeitos na subjetividade dos que as subordinam. A diferença do feminismo, a questão do gênero não é um fato político mas uma questão vinculada à construção da subjetividade. A construção da subjetividade normatizada posta

em crise, a partir da subjetividade feminina, para os dois sexos.

No que tange ao Direito, a questão do gênero define usos transformadores da subjetividade jurídica, capazes de lograr mudanças nas representações imaginárias do Direito como um todo.

Fazendo eco aos enunciados feministas, poderíamos dizer que a problemática da mulher no Direito responde às pautas culturais arraigadas. Então, teríamos que falar das lutas da mulher, de uma praxis política que propõe uma mudança integral do lugar da mulher na sociedade. Sem desqualificar este tipo de enunciado, diria que a questão da mulher no Direito passa também por outras coordenadas, que vão mais além de uma história de discriminações e resistências. Por um lado tem que ver com a busca individual e coletiva da liberdade. Por outro lado tem que ver com o imaginário magnetizador que encobre as práticas quotidianas do Direito este realismo mágico que esconde o exercício jurídico do poder.

A prática do poder jurídico não suporta a idéia da criatividade . A criatividade do Direito é sempre escondida em nome da segurança jurídica .

Para Simone de Beauvoir, a representação do mundo assim como o mundo, é tarefa dos homens; eles o descrevem a partir de seu ponto de vista particular, que confundem com a verdade absoluta. Isto é, a ciência é uma categoria, como o gênero, socialmente construída, que se encontra afetada pela construção histórica do masculino e do feminino.

Como aponta Evelyn Fox Keller, ciência é o nome que damos a um conjunto de práticas e a um corpo de conhecimentos delineados por uma comunidade, que não se define unicamente pelas exigências da prova lógica e da verificação experimental. De maneira similar ao masculino e ao feminino, que deve ser visto como categorias definidas por uma cultura e não por uma necessidade biológica. Aliando que, as mulheres, os homens e a ciência são criados juntos, a partir de uma dinâmica complexa de forças cognitivas, emocionais e sociais entrelaçadas tanto por conjugação histórica de ciência e masculinidade, quanto a disjunção igualmente histórica entre ciência e feminilidade.

Existe um conjunto de representações imaginárias um sentido comum teórico, do gênero e da ciência que respondem a uma construção mútua. Como funciona esta construção mútua em nossa distribuição social e, como afeta o saber, aos homens, às mulheres e à natureza, é o tema do paradigma da epistemologia ecológica. Mas a eco-epistemologia não só nos brinda com o tema, também nos oferece um método particular de análise para investigar esse tema (que responde à lógica do feminino).

A disjunção entre o masculino e o feminino é sustentada pelo vínculo da objetividade com o poder e a masculinidade, e sua disjunção da subjetividade e do amor.

Quando nos detemos na relação entre a ciência e as formas sociais nos



deparamos com o fato de que a ciência moderna tem sido produzida quase totalmente por homens brancos de classe média, visão eurocêntrica e influenciados por um particular ideal ocidental e moderno de masculinidade.

Assim, a concepção masculina da ciência é sustentada por uma rede interativa de associações e disjunções que refletem a moderna divisão social do trabalho emocional e intelectual. Divisão que afirma as mulheres como garantidoras e protetoras do pessoal, do emocional e do particular, enquanto que a ciência, reino do impessoal , do racional, do neutro e do geral , fica reservado aos homens. Vemos a ciência trabalhar a divisão entre fato objetivo e sentimento subjetivo, sustentada pela associação de objetividade com poder e masculinidade, uma objetividade separada do mundo das mulheres e do amor.

A eco-epistemologia, apoiando-se na relação gênero-ciência se assenta na capacidade para encarnar a emoção de que a razão foi purificada. Uma capacidade que está do lado do feminino de sua dimensão política.

O paradigma masculino da ciência se encontra associado a uma ideologia objetiva, que proclama prematuramente o anonimato, o desinteresse e a impessoalidade e exclui radicalmente o sujeito, o pessoal e o político.

Para fazer a crítica ao modelo de saber derivado da masculinidade é preciso perceber, dando um salto para além da comunidade cientifica instituída, através das lentes da diferença, a partir do *status* da marginalidade, no lugar do feminino.

Estou falando de uma leitura, ou de um tipo de investigação que pressupõe um desejo de mudança tanto na prática da ciência quanto no lugar que a ciência ocupa na cultura. Uma psicossociologia feminina do conhecimento científico.

Uma construção epistemológica a partir do feminino implica ter em conta tanto o pessoal como o político, não como uma metáfora, mas como uma estratégia do entendimento, uma cartografia. Em outras palavras, tratar de entender como os critérios lógico-racionais que fazem confiável o saber científico são, também, alimentados por compromissos pessoais, sociais, políticos e emocionais.

Uma forma de mostrar como descansa o privado no público, do mesmo modo que o público descansa sobre o pessoal, revelando que o pessoal é político e o político, pessoal. Como extensão lógica: se o pessoal é político, o científico é pessoal.

Uma construção epistemológica a partir do feminino trata de compreender a condição humana em sua complexidade contraditória e histórica. Interroga o fazer dos humanos em suas realizações trágicas, desesperadas ou solidárias. Tentativa de uma busca de sentido (que se dá o nome de verdades) que ajude a pensar uma realidade conflitiva, sem as remissões masculinas a uma essência última.

Construção de uma racionalidade a partir do feminino, não homogênea, mas heterogênea, protagonista, com uma variada gama de possibilidades de decisão e de construção da vida e das realidades que limitam os desejos. Falo de uma racionalidade feminina, que não autorize, legitime, fundamente, planifique, ou justifique. Invoco uma racionalidade que permita construir um saber que acionando a vida torne-a possível para cada um de nós e para o conjunto dos homens.

No filme *2001, uma Odisséia no Espaço*, Stanley Kubrick, cria um vínculo forçado entre saber e matar. Sugere que desde a aurora, o conhecimento se encontra referido à possibilidade do homem por gerar a morte. Para Kubrick o saber do homem nasce quando descobre a possibilidade de transformar uma coisa (um objeto) em arma.

Em Kubrick a odisséia do conhecimento é comandada pelo desejo do homem em transformar as coisas em armas. O homem macaco se transforma em humano porque adquire a faculdade de dar significado às coisas, entretanto, lamentavelmente, adquiriu essa capacidade de significar a partir de um desejo de morte. A morte como impulso criativo, como impulso de significar.

Para Kubrick, conhecer é matar. Uma enigmática capacidade para criar símbolos retirando-lhes toda inocência possível. Uma tendência destrutiva que coexiste com a faculdade de criar, de sublimar simbolicamente. Seria o conhecimento guiado pelas tendências destrutivas, a união da verdade com a agressividade.

Fica claro que a relação entre sentido e morte é derivada de uma concepção masculina de significação. Falta o enlace entre o feminino e o sentido. O casamento da epistemologia e a semiologia com a ecologia (que nestas coordenadas é uma questão de gênero). A tarefa especial que a ciência tem é a de buscar formas confiáveis de conhecimento. Falo buscas que tem adotado formas diversas ao longo da história, dependem do processo de socialização da comunidade que organiza o conhecimento e da cultura da qual faz parte esse saber.

Nossa concepção de como encontrar conhecimentos confiáveis tem variado conforme os momentos e lugar da historia, variando, ao mesmo tempo nossas concepções do que é esse conhecimento e a realidade (da natureza e da sociedade).

Olhando o tema a partir da problemática do gênero direi que uma concepção diferente da sexualidade, da masculinidade e da feminilidade modificam a concepção do conhecimento. Fox Keller diz que na historia ocidental uma das metáforas mais comuns da mediação entre sujeito e objeto tem sido a relação sexual: o conhecimento é uma forma de consumação do mesmo modo que o sexo é uma forma de conhecimento. Ambos são impulsionados pelo desejo. Seja nela fantasia, na experiência ou na lingüística, a união sexual segue sendo o



exemplo mais compulsivo e principal do ato de conhecer. Ainda que não seja reconhecido pela metáfora, a experiência de conhecer se enraiza no carnal e, sem dúvida, tampouco fica nela. O que distingue o conhecimento, classicamente, é sua essencial separação do corpo: sua ambição é transcender o carnal.

A mente não é simplesmente algo imanente à matéria, mas que a transcende. De acordo com isto todas as visões do conhecimento deverão lutar com a dialética entre imanência e transcendência. O que chama a atenção é quantas vezes o campo metafórico dessa luta é o sexo e o gênero e, quão profundamente têm influenciado estas metáforas nas disciplinas do conhecimento.

No fundo está se querendo dizer que existe um sistema gênero - ciência que co-determina, em suas variações, as condições epistemológicas de significação nos diferentes momentos e lugares da história. Em cada cultura as diferenças nas concepções de sexo e gênero afetam as concepções de conhecimento e, consequentemente, da natureza.

Podemos detectar um primeiro sistema — gênero — ciência no pensamento de Platão; outro relevante em Bacon; e um terceiro sistema no nascimento da ciência moderna.

Platão foi o primeiro filósofo ocidental que trabalhou explicitamente a linguagem da sexualidade na produção do conhecimento.

A tarefa de Platão foi de realizar uma teoria do conhecimento que fosse invulnerável aos poderes do irracional, que permita à mente alcançar a transcendência ainda que esteja comprometida com a imanência. Sua solução é radical: consiste em definir o objeto do conhecimento como algo que fica por completo fora do dominio da natureza temporal e material (Keller). Uma verdade que só é acessível no âmbito do ser puro e absoluto apreendido a ver mais além do material.

Em Platão, conforme Keller, observamos um percurso do conhecimento guiado pelo amor e isolado da agressão que tanto ele como sua cultura associam com a natureza sensível, material e feminina (hoje a postura seria inversa).

Na epistemologia platônica a sexualidade é dividida entre erros e agressão. Ao restringir o conhecimento ao dominio da teoria (em algo distinto do experimento), e a natureza ao âmbito das formas (em algo distinto do material) pode Platão projetar um conhecimento separado da agressão e orientado pelo amor que tanto ele como sua cultura associam com a natureza sensível material e feminina. As imagens subjacentes da epistemologia platônica são afetadas pelo imaginário sexual da cultura ateniense.

Platão foi o primeiro filósofo que fez um uso explicito e sistemático de linguagem da sexualidade na epistemologia. Condicionado pelo imaginário ateniense Platão trata de configurar uma epistemologia, que seja imune as forças do irracional e lhe permita o pensamento alcançar a transcendência. (ainda que continue comprometido com a imanência). Para isto define objeto do conheci-

mento adequado como algo que fica fora do domínio da natureza temporal e material. O pensar, na mesma direção purificadora é desencarnado, tratando de pensar mais além do pensamento do âmbito material. A aposta é um ponto de presente encontro entre pensar e natureza no âmbito do puro e absoluto.

No Banquete, Platão afirma que o pensar descobre os caminhos da verdade pura e absoluta guiada por Eros. Textualmente diz: "Quando alguém ascende a partir das coisas, mediante reto amor aos jovens e começa a divisar aquela beleza (eterna) pode dizer que quase toca o fim".

Do mesmo modo que o desejo é causa do amor é também causa do saber. O amor, os sentimentos como condição epistêmica de significação (uma idéia que está tomando grande força na configuração do paradigma epistemológico da transmodernidade em seu devir ecológico).

Para Keller, em Platão nem todo desejo é causa do amor, nem todo amor é causa de conhecimento. Eros empurra a alma em duas direções, até a razão e até a paixão, até o sublime e até o sórdido. A dialética entre imanência e transcendência tem lugar agora no âmbito de Eros. E é a este âmbito que Platão se volta continuamente.

Para mim, no interior de meus pensamentos, estabeleço uma diferença entre o amor e a paixão que não me permite ter que afirmar que existe algum tipo de amor que não possa ser causa de conhecimento. Na trama conceitual de meus pensamentos, o amor gera sempre conhecimento e a paixão desencadeia inevitavelmente a alienação.

Para Keller, Eros reflete o problema do conhecimento em Platão. Como é possível que a diferença se resolva na unidade, que o sujeito se acasale com o objeto, que ao chegar a ser se transforme no ser?

Em todos os seus esforços para responder, persistem em Platão duas divisões fundamentais. Primeiro a distinção entre natureza lógica e natureza física, segundo, a distinção entre Eros homossexual e Eros heterossexual.

Na cabeça ateniense de Platão, o desejo heterossexual não contribui para a transcendência devido ao seu vínculo com a procriação física. No Banquete e em Fedro, o Eros que é significativo como passo ao mundo do Ser homossexual: uma união lícita do semelhante como condição do conhecimento puro e absoluto.

No imaginário sexual ateniense nem toda relação homossexual era lícita. O vínculo homossexual ilícito era aquele que, com outra concepção de sexualidade diferente da nossa, assimilava os homens com as mulheres na conjunção do desejo com a passividade, o que convida a dominação agressiva do parceiro ativo.

O Eros legítimo fica separado da homossexualidade ilegítima precisamente porque logra evitar todas as conotações agressivas e de submissão. Um vínculo onde se recompõe um imaginário sexual de igualdade.



O Eros legítimo descreve uma relação entre dois amantes participativos que conseguem inspirar a alma para realizar a transição da beleza terrena para a absoluta.

Platão configurou um paradigma de conhecimento guiado pelo amor (a única e verdadeira forma de conhecimento), que exige uma divisão entre ordem e desordem, assim como a divisão entre o erótico e o agressivo. Um paradigma que trata de fazer escapar o amor dos impulsos do corpo (o status do corpo físico continua sendo o do escravo), que ficam excluídos da epistemologia, como condição de um conhecimento que possa conquistar a autonomia da mutualidade erótica. A meta do pensar apoiada na comunhão e não no poder e na dominação. A união homo erótica, predominando como vencedora sobre a conquista heterossexual da experiência masculina, que logo privilegiará, com algumas ambigüidades, Bacon.

A concepção platônica do amor homo e do conhecimento segue sendo hierárquico, proporciona uma metáfora do amor e do pensar que é erótico mas que segue sofrendo de desigualdades internas. Igual ao amado, que em última instância não se constitui em si mesmo o objeto do amor (mas como a imagem de sua idéia) o pensar não é sobre os objetos em si mesmos, mas nas formas para as quais eles apontam. A diferença do indivíduo corpóreo permeia toda a concepção platônica do amor e do pensar del pensar. Duas concepções ideocêntricas, ao estar sempre tratando de transcender o pessoal e o particular. Com isto, para Keller, Platão consegue excluir a matéria de sua epistemologia e a sexualidade consumada de sua definição de Eros ideal, impedindo-lhe de desfrutar do igualitarismo conceitual e das condições de uma democracia plena. E em sua política, assim como em sua filosofia, opina Keller, continua havendo uma necessidade de absolutismo, por mais benevolente que seja.

Bacon foi o primeiro que articulou o saber científico e o poder (Foucault foi o primeiro a denunciá-lo), quem baseou o paradigma epistemológico no controle e na dominação da natureza. A ciência baconiana se auto percebia como poder. Para Bacon é na ciência onde o conhecimento e o poder podem se fazer uno.

Bacon nos brinda com outra concepção epistemológica. Experimental e não teórica. Um conhecimento que constrói seu objeto no mundo concreto, material e não no mundo das formas abstratas.

Para Bacon, assim como em Platão, a metáfora epistemológica central é sexual difere de Platão no caráter heterossexual da metáfora. Uma metáfora que introduz no saber os vínculos do matrimônio atenienses, conseguindo com isto reintroduzir grande parte da agressão que Platão evitou.

Nos prelúdios baconianos dos tempos modernos o que preocupa o epistemólogo da natureza é o conhecimento da natureza material. (O que exclui grande parte da estruturação platônica). Falo de preocupações que não excluem

grande parte da estruturação de Platão. Perdura a divisão entre o lógico e o físico na distinção baconiana do teórico e do experimental, assim como a distinção entre o puro e o aplicado. A natureza continua dividida em suas essências materiais e lógicas e em suas descrições; as primeiras continuam obedecendo as segundas.

Contudo, ao pôr atenção no mundo físico foi necessário desestimar os reparos platônicos contra a inclusão do físico; ao fazê-lo reintroduzem a agressão que Platão pretendia escapar. Assim o objeto de estudo já não é as formas platônicas, mas a natureza material, a estrutura corpórea da heterossexualidade conquistadora. Uma mudança nos objetivos, métodos e estilos de compreensão da ciência. O compreender deixa de estar referido à comunhão e passa a ser vinculado ao poder: agora se pretende ao domínio da natureza.

Na ciência baconiana se configuram como predomínio, as artes do domínio e da obediência.

Bacon tem a visão de uma ciência que transportará os homens à soberania, outorgando o domínio e a supremacia do homem sobre a natureza. É a ciência onde, para Bacon, o conhecimento humano e o poder podem se fazer.

Claro, que no terreno do domínio do homem sobre as coisas o poder se consegue por intermédio das ciências e das artes. Pois, para Bacon, não se manda na natureza exceto obedecendo-a . O propósito da ciência não é violar sem dominar a natureza seguindo os ditados do verdadeiramente natural. A ciência baconiana propõe controlar a natureza por meio de seus próprios ditados, que incluem a demanda de dominação. Uma conquista longe da violência e próxima da sedução.

É necessário advertir que a proposta baconiana traz uma ambigüidade em seu imaginário: não é puramente heterossexual nem completamente masculina .

O imaginário sexual de Bacon nem está tão coerente nem está tão claramente articulado como o de Platão. Merecem destacar-se dois aspectos: a) aportou na linguagem com o que as gerações seguintes de científicos extraíram uma muito mais consistente metáfora de dominação sexual legal; b) merece ser examinado como contrapartida de Platão.

As metáforas de Bacon sobre o nascimento da ciência estão cobertas de grandes sutilezas que abrem várias linhas de interpretação (nem sempre harmoniosas). A análise dessas linhas escapam aos objetivos deste texto. No fundo, Bacon consegue refletir a natureza dual da investigação científica, simultaneamente receptiva e potente.

Contudo, poderíamos dizer que no imaginário de Bacon surge de um modo manifesto a negação do feminino como sujeito, que a miúdo se toma como algo característico da atividade científica. Interpretações sutis de Bacon nos levariam a afirmar que este epistemólogo afirmou um caráter bissexual para o



saber da ciência. Isto é, que poder-se-ia considerar que a negação do feminino pressupõe a negação de uma prévia cooptação do feminino, que necessitou ser repudiado de forma urgente e agressiva. Para Keller a postura agressivamente masculina do científico de Bacon é guiada pela necessidade de negar o que todos os científicos, Bacon inclusive, tem conhecido particularmente: que a mentalidade científica deve ser, em algum sentido, uma mentalidade hermafrodita. A linguagem sobre sexo e gênero também se encontra presente em vários debates que contribuíram para o nascimento da ciência moderna. Para Keller, particularmente está centrada a confrontação, que teve lugar nas décadas imediatas à fundação da Real Ciência, entre duas visões da ciência moderna e, que de forma aproximativa são descritas como filosofia mecânica e filosofia hermética. Para Keller os compromissos filosóficos mecânicos que chegaram a prevalecer uma vez que refletiam e ajudavam a solidificar uma polarização do masculino e o feminino que foi central para a formação da sociedade capitalista industrial. Em última instância Keller pretende impor a idéia de que a ideologia do gênero pode ser considerada como mediadora crítica entre as origens sociais, políticas e intelectuais da ciência moderna.

# Metade vítimas, metade cúmplices?

## A VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NAS RELAÇÕES CONJUGAIS

**Leila Linhares Barsted**

Advogada e Diretora da CEPIA[1]

Metade vítima, metade cúmplices? Essa tem sido uma interrogação que o senso comum expressa quando as mulheres são objeto da violência familiar ou sexual. Muitas vezes, essa interrogação nem se coloca e as mulheres são rapidamente consideradas "culpadas" pela violência que sofreram. Tal situação tem sido freqüentemente flagrada nos processos criminais de homicídios em que maridos ou companheiros, que assassinaram suas mulheres, surgem como as "vítimas inocentes" de uma mulher "culpada" que os levou ao desespero do ato criminoso.

Nós sabemos que na área do Direito, já há algumas décadas, tem sido desenvolvida a disciplina da Vitimologia, que procura analisar a participação da vítima para a ocorrência do evento. Até que ponto a vítima leva o seu agressor, ou seu assassino, ao ato violento? Certamente, na observação e na análise de casos concretos encontraremos numerosas situações onde a atuação da vítima foi decisiva para o desfecho dramático de uma situação. No entanto, ao introduzirmos na disciplina da Vitimologia a perspectiva de gênero, veremos que a cultura delega a homens e mulheres atributos diferenciados que informam valores e padrões de moralidade com conseqüências discriminadoras para as mulheres. Assim, o fato de uma mulher"chegar tarde em casa, trabalhar fora, ter vida social autônoma de seu marido ou companheiro são avaliados, nos processos criminais, como comportamentos "preparatórios" para um possível crime de adultério. Tendo em vista que esse é um crime considerado contra a organização familiar, o ato do marido de agredir a vítima, ou até mesmo matá-la, seria uma espécie de "legítima defesa" não só da honra pessoal como da família. Esse mesmo raciocínio não é feito quando tais comportamentos são

praticados por um homem e, portanto, não se justificaria nenhuma "ação reparatória" por parte da mulher. Por isso, devemos, a partir de uma perspectiva de gênero, estarmos atentos para que não haja uma manipulação da Vitimologia.

De alguma forma, é importante que enfatizemos sempre que não há uma natureza masculina violenta ou uma natureza feminina dócil. Essa naturalização pode nos levar a ver os homens sempre como agressores e as mulheres sempre como criaturas boas, dóceis, incapazes de cometer violência. Sabemos que isso não é verdade; sabemos que as mulheres também cometem violência. Poderíamos também assinalar que mulheres agridem e, até mesmo, assassinam seus maridos ou companheiros, embora, saibamos que essa é uma situação de baixa representatividade estatística em nosso país.

Por outro lado, poderíamos reconhecer que pode haver uma cumplicidade entre vítimas e agressores em situações muito típicas. Alguns relatos de mulheres revelam que, muitas vezes, elas mesmas dizem: —"(...) no final até pedi para ele me bater logo para acabar logo com aquilo". Como se houvesse uma dinâmica na relação entre os parceiros , onde a mulher já sabe que o homem vai chegar batendo, ele já chega nervoso e ela já sabe, pela recorrência da situação, que aquilo vai acabar no momento em que ele bater. Ele bate, então ela chora e ele se acalma. A agressão atua como se fosse um calmante.

As estatísticas do IBGE, no Suplemento sobre Justiça e Vitimização da PNAD de 1989, mostraram que os homens são as maiores vítimas de violência cometidas nas ruas por estranhos, e as mulheres são as maiores vítimas de violência cometida em casa por companheiros e parentes. Esse dado revela que o lar não é o lugar de tranqüilidade das mulheres. Tal , revelação, através do frio dado estatístico, contrasta, em muito, com todo o processo de socialização das mulheres, baseado na mensagem de que o perigo está na rua, e a casa é o lugar seguro. Nessa socialização, o agressor, o estuprador está na rua e não dentro de casa. Ninguém ensina a uma menina a se proteger de seu pai, de seu tio, do padrasto ou dos homens adultos da família Mas todo mundo ensina à menina a ter cuidado com o filho do vizinho, com as outras pessoas da rua, com os estranhos e a não chegar tarde em casa. Há um processo de socialização que mitifica essa idéia de que o lar é o lugar da tranqüilidade. E os dados estatísticos nos mostram que não é bem assim, o lar não é o lugar de tranqüilidade, não apenas nessas situações extremas de assassinatos, mas, também nos casos de agressões e violências sexuais.

Dados da Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro indicam que os homicídios têm como vítimas preferencialmente homens jovens e que há um contingente grande de homens e mulheres que são vítimas de agressões físicas, de lesões corporais. No entanto, desagregando por sexo os dados relativos à lesões corporais, consta-se que as mulheres constituem-se no maior grupo de vítimas, ultrapassando o contingente masculino. Lamentavelmente, esses dados



não revelam como se distribuem espacialmente as ocorrências dessas agressões contra as mulheres .

Assim, acho que ao lado dessa pergunta "Metade Vítima Metade Cúmplices?" haveria uma outra pergunta — por que as mulheres não rompem com essas relações e com esses maridos violentos? Por que a violência nas relações conjugais não levaria a mulher, na primeira agressão, a romper com essa relação? Certamente, acredito que a resposta não deva ser buscada em Nelson Rodrigues que considerava que toda mulher "normal" gosta de apanhar.

Poderíamos levantar uma séries de questões e uma série de respostas para explicar, na perspectiva das mulheres, a permanência em relações onde o companheiro é violento. Há a questão social. A partir daí, alguns acreditam que são as mulheres pobres que mais sofrem violências porque são os homens pobres os mais violentos. Sabemos que essa não é uma resposta correta. A violência familiar se dá em todas as classes sociais. Provavelmente a visibilidade dessa violência nas camadas mais pobres da sociedade é maior na medida em que as pessoas moram muito próximas, os vizinhos acabam se envolvendo, e as mulheres pobres talvez denunciem mais essa violência. E é possível que em classes sociais de renda mais alta as questões que envolvem violência familiar acabem não num escritório de um advogado criminalista, mas num escritório de um advogado civilista, onde vai ser feito uma separação negociada do casal e de seus bens, sem o acionamento da justiça criminal.

Dependência econômica também é de fato uma causa da tolerância feminina para com as agressões. Muitas mulheres dizem: "bom eu não posso me separar dele, eu não trabalho, eu tenho seis filhos, ele traz o dinheiro, para onde é que eu vou com essas crianças?" Não necessariamente os familiares oferecem teto e comida a essas mulheres e seus filhos, mas de qualquer maneira nós encontramos mulheres pobres, de baixa renda, que têm emprego, em oposição ao marido que está desempregado e, no entanto elas também são vítimas de violência. Então a dependência econômica não seria um explicador conclusivo.

Uma outra causa que se poderia levantar é a pressão familiar. Há uma pressão familiar para a manutenção do casamento, para não denunciar o "pai dos filhos". Ou seja, em nome da proteção da família , muitas vezes, as mulheres acabam assassinadas. Devemos considerar que ainda é muito forte o padrão de moralidade familiar que se expressa por frases como , "casamento é assim mesmo", "vida de mulher é assim mesmo", "ruim com ele, pior sem ele". Enfim, são expressões que resumem uma espécie de resignação das mulheres para o padrão de relacionamento familiar. Não devemos esquecer que, em muitos casos, algumas dessas mulheres vítimas de violência e alguns homens agressores assistiram, durante sua infância, ou adolescência, pais e mães envolvidos numa relação conjugal também de violência.

Haveria uma outra possibilidade de resposta baseada não na dependên-

cia econômica, mas na idéia de que a identidade de uma mulher está na existência de um homem ao seu lado. Tanto nas classes mais ricas, quanto nas classes mais pobres, há o valor de que ter um homem ao lado, mesmo que em termos puramente simbólicos, representa *status*. Representa, talvez a fantasia de que esse homem pode suprir uma solidão. Devemos reconhecer que, no limiar do século XXI, ainda se espera que as mulheres possam ter um valor na negociação afetiva. Assim, também para o homem é *status* chegar aos cinqüenta anos e ter uma mulher de vinte e cinco, jovem. Na realidade, há um padrão cultural que informa as mulheres a manter seus parceiros para não ficarem sozinhas, situação considerada altamente desvantajosa para o sexo feminino. De fato, em alguns casos ficar sozinha pode ser para uma mulher uma situação muito dramática. Uma mulher sozinha numa favela significa que qualquer homem pode entrar naquela casa e se colocar como o seu novo dono. Assim, ter um homem dentro de casa pode muitas vezes atuar como uma maneira de impedir a violência de um outro homem, um estranho. Mesmo que isso não ocorra, a presença do homem atua na visão de mundo da mulher, que imagina que algo pior poderia acontecer se ela não tivesse um homem em casa.

Outra resposta poderia ser dada para a "aceitação" feminina de permanecer com homens violentos. Há uma complacência da sociedade e do Estado para com essa violência nas relações conjugais; poucas mulheres sabem a respeito de seus direitos e dos canais institucionais para cobrá-los. Enfim, há um conjunto de causas que não devem ser vistas de forma isolada. Essas causas estão bastante articuladas umas com as outras e poderiam explicar porque as mulheres não reagem à violência doméstica através de um processo de separação.

Por outro lado, não devemos ver as mulheres como seres passivos diante da violência. Se nós formos, por exemplo, pesquisar dados de varas de família vamos ver que a maioria das ações de separação são movidas por mulheres. Pode ser até que essa mulher vá a uma vara de família movida pelo abandono do homem e à procura de seus direitos, de uma pensão alimentícia, repartição dos bens, guarda de filhos, etc. Mas, deve-se considerar o dado de que a maioria das separações tem como autoras as mulheres.

Em diversos casos ocorridos, muitas das mulheres foram assassinadas porque estavam tentando se separar ou tentando criar as condições para uma separação futura. São casos em que a mulher começava a trabalhar, voltava a estudar, passava a ampliar seu círculo de relações, passava a querer ser um pouco mais independente, sair sem que o marido desse autorização. Então, no momento em que elas iam transgredindo o modelo da obediência, da resignação, do papel bem tradicional atribuído a uma mulher casada, elas foram assassinadas. Há diversos casos relatados em processos criminais que mostram exemplos de mulheres que se separaram e foram para a casa dos pais ou de amigos e, tempos depois, receberam telefonema de seus maridos ou companheiros dizendo que aceitavam a separação e as convidavam para um encontro para resolver o assunto. E foi nesse momento de encontro que se deu o assassinato.



Também seria uma meia verdade admitir que as mulheres não reagem às situações de violência. As mulheres reagem de diferentes maneiras, inclusive, também, de forma violenta. Encontramos a presença de percepção recorrente tanto nos relatos das mulheres como de policiais e do senso comum em geral — a de que o homem bate porque bebe. A bebida funciona como um "ser" com vida própria, um elemento externo que em determinado momento "ataca" aquele homem, e o transforme em violento. Não se questiona porque aquele homem que bebe, que foi atacado por esse "espírito maligno", por que ele não bateu no vizinho? Por que que ele não bateu no colega de trabalho? Por que que ele não bateu no policial da esquina? Mas muitas mulheres tentam compreender, ou tentam explicar, a violência dos seus maridos tratando a bebida como uma espécie de entidade externa que "ataca" esse homem que é bom, mas que o transforma em violento.

Gostaria, depois dessas reflexões, de apontar para algumas conclusões dos trabalhos realizados pela **CEPIA** na área de violência doméstica. Procuramos entender qual tem sido a resposta do Estado diante da violência contra as mulheres; que recursos estariam ou não à disposição das mulheres caso elas quisessem realmente se separar ou denunciar seus agressores.

A **CEPIA** tem desenvolvido diversos trabalhos sobre a problemática da violência contra à mulher. Com apoio da Fundação Ford e do UNIFEM realizamos diversas pesquisas que buscaram entender as respostas dos poderes legislativo e executivo à essa questão. Analisamos leis federais, no sentido de compreender como essas leis tratam, ou poderiam tratar, a questão da violência doméstica e, no caso do executivo, analisamos a resposta que os governos de São Paulo e do Rio de Janeiro apresentaram, criando ou não serviços que pudessem atender a mulheres que sofreram violências sexuais ou no ambiente familiar.

No que se refere à legislação brasileira poderíamos dizer que, apesar de não haver na legislação criminal o tipo penal violência doméstica, lá no início do Código Penal há um artigo definindo as circunstâncias agravantes de um crime e que, por isso, passa a ser punido com maior rigor. Uma das circunstâncias agravantes da punição é ser o autor da agressão, pessoa que coabite com a vítima, que tenha relações de intimidade, de parentesco, ou que tenha relações de autoridade sobre a vítima, no caso patrões, pais, tutores ou tios. Essas pessoas, por privarem da intimidade da vítima, sofrem uma punição maior. A pena de um crime de homicídio ou de lesão corporal, por exemplo, é agravada quando essa pessoa privar da intimidade da vítima ou ter autoridade sobre a vítima. Então de alguma maneira, o nosso Código já configuraria essa figura da violência doméstica[2].

Esse dispositivo legal deveria ter uma maior publicidade e visibilidade

para que se mude as mentalidades que reforçam valores e práticas de que existe um espaço privado, onde não há lei. É importante mudar as mentalidades no que diz respeito à idéia de que dentro de casa a lei quem faz é o "chefe". Tal idéia é calcada no Código Civil Brasileiro, de 1916, e que, apesar de ter sido na área de família, praticamente revogado pela Constituição de 1988, ainda não foi reformulado. Nesse Código percebe-se, claramente, como a lei reforçou e legitimou as hierarquias domésticas. No Código Civil de 1916 o marido definia domicílio conjugal, era o chefe e a mulher simplesmente sua colaboradora; o marido tinha sozinho o pátrio poder, cabendo à mulher simplesmente reclamar na justiça os atos advindos desse exercício.

Esse Código explicitou, reforçou e legitimou toda uma construção cultural, que colocava no homem mais poder, mais inteligência, mais força, mais iniciativa do que as mulheres. Esse Código, até a Constituição Federal de 1988, estimulava a idéia de que há uma subordinação legal do sexo feminino e que, portanto, não há porque as mulheres reclamarem. Quando a Constituição mudou a lei sobre família, reconhecendo a igualdade entre os cônjuges, eliminando as hierarquias também no interior da família, essa concepção não mudou de uma hora para outra e a ressonância da mudança legal foi relativa no que concerne às práticas e aos valores sociais.

Deve-se, contudo, valorizar o fato de que a Constituição, além de revogar os dispositivos discriminatórios, reconheceu a existência de uma violência doméstica no seu artigo 226, parágrafo 8- e assegurou aos cidadãos que o Estado deve tomar providências para coibir a prática dessa violência. A Constituição não diz quais são essas providências. Levando em conta que na federação brasileira o poder de polícia é um poder estadual, seriam leis estaduais e políticas estaduais ou municipais que estabeleceriam as normas e os serviços públicos necessários a serem criados para coibir a violência no âmbito doméstico. É importante ter em mente que a mudança legal, mesmo sendo uma norma constitucional, não dá uma resposta suficiente e imediata à questão da violência contra a mulher.

Em relação à atuação do poder executivo, a pesquisa realizada pela **CEPIA**[3] destacou o surgimento nos diversos estados do país das Delegacias de Mulheres. Há quem diga que hoje em dia já cheguem a 200 o número dessas Delegacias Especializadas no atendimento a mulheres vítimas de violência. A proposta de criação dessas Delegacias partiu do movimento feminista e tinha como princípio a criação nos diversos estados de órgãos com poder de polícia para atender, dignamente, mulheres vítimas de violência. Além disso, esperava-se que, ao lado dessas Delegacias, fossem criados outros recursos institucionais que proporcionassem às mulheres vítimas de violência apoio de um serviço social e psicológico, e que fossem articulados ao Instituto Médico Legal, à Defensoria Pública, visando concretizar a proposta do movimento feminista de uma



política de segurança pública para mulheres.

É consensual no movimento de mulheres a conclusão de que essas Delegacias tiveram o méritos de dar visibilidade à violência doméstica e sexual, na medida em que elas produziram estatísticas mostrando a magnitude dessas ocorrências. Essas Delegacias, com mais ou menos eficiência, têm atendido as mulheres e cumprido um relevante papel. No entanto, percebemos que essas Delegacias não conseguiram realizar plenamente as propostas do movimento de mulheres. Muitas dessas unidades policiais se ressentem de falta de recursos humanos e materiais, de capacitação de seus funcionários para a complexidade da violência contra as mulheres, particularmente quando essa violência é perpetrada por maridos ou companheiros. Assim, continua ser necessário demandar por mais e melhores Delegacias de mulheres, bem como a continuidade de avaliações periódicas dessas Delegacias, destacando os seus pontos positivos e negativos para que possamos contribuir, de alguma forma, para melhorar sua eficácia.

Além da criação das Delegacias de mulheres, os poderes executivos dos estados e de alguns municípios criaram Conselhos da Condição Feminina ( ou Conselho dos Direitos da Mulher) e, uns poucos municípios, como Porto Alegre, por exemplo, também abrigos para mulheres vítimas de violência. Outra experiência que se iniciou em São Paulo, antes mesmo da criação da primeira Delegacia de Mulheres foi a criação de Centros de orientação jurídica para as mulheres. No entanto, nosso trabalho de pesquisa destacou a enorme dificuldade de articulação entre esses serviços. Por exemplo, no Rio de Janeiro, existem, desde 1987, dois hospitais que, por lei, devem atender mulheres grávidas por estupro para que possam realizar seu direito ao abortamento legal. Diretores desses hospitais nos contaram, que durante dois ou três anos apenas sete mulheres procuraram o serviço de abortamento legal. No entanto, dados revelados pelas Delegacias de Mulheres do Rio de Janeiro indicam que, somente durante um ano, ocorreram nessa cidade mais de 250 estupros. Ou seja, não necessariamente a mulher que é estuprada vai a uma Delegacia; se opta por esse caminho, não necessariamente recebe a informação de que existe um serviço de aborto legal; se recebe essa informação, não necessariamente consegue ser atendida por esse serviço que ainda conta com uma grande resistência dos médicos para a concretização de um direito há mais de 50 anos reconhecido por lei. Por outro lado, a mulher que vai ao serviço ginecológico de um hospital de emergência ou a uma maternidade buscar atendimento médico logo depois de um estupro também não recebe orientação dos profissionais de saúde para procurar uma Delegacia, caso ela deseje dar queixa do acorrido. Assim, não há necessariamente, na maioria dos estados, uma articulação entre os serviços. Por todo o país, deparamo-nos com uma situação pulverizada, no que concerne ao atendimento às mulheres vítimas de violência. Não há uma campanha sistemática dos gover-

nos estaduais informando às mulheres sobre as Delegacias ou sobre o atendimento ao abortamento legal. Nesse sentido, com a preocupação de divulgar a existência das Delegacias de Mulheres, a **CEPIA** fez um *spot* radiofônico, divulgado no Rio de Janeiro, orientando as mulheres a buscarem esses espaços quando fossem vítimas de violência.

Buscando analisar a resposta do Estado à violência contra as mulheres, a **CEPIA** também realizou uma pesquisa sobre o Poder Judiciário[4]. Nessa nova pesquisa chamamos atenção para o fato de que, quando se fala em política, se pensa sempre na atuação do Poder Executivo ou na atuação do Poder Legislativo. Essas seriam as únicas esferas do Estado que fazem política. Pensa-se que o Poder Judiciário, em tese um poder neutro, não faz política. Na pesquisa que realizamos assumimos a postura de que o Judiciário faz política e a faz de diversas formas — através da sua burocracia, através do processo e através das suas decisões. Assim, analisamos as decisões do judiciário tentando entender o que orienta esse poder, sua doutrina jurídica, bem como o conteúdo do que é ensinado nas universidades e que informa a socialização dos juizes, advogados, defensores, promotores de justiça, dentre outros. O que esses agentes da justiça pensam sobre a violência contra as mulheres. Vários de nossos entrevistados, de forma sincera, nos disseram: "essa é uma questão que eu não parei para pensar".

Certamente, tal resposta faz sentido em contextos urbanos como o Rio de Janeiro onde a violência assume a forma de seqüestros, assassinatos de jovens, violência policial, roubos, furtos, tráfico de drogas, delitos de trânsito, etc. Nesse sentido, a violência entre homens e mulheres numa relação conjugal passa a ser vista como um acontecimento menor, uma violência de uma outra natureza que não ameaçaria a ordem, enquanto as demais colocariam em risco a sociedade e o Estado. É muito complicado e perigoso aceitar tal conclusão.

Ou seja, pensar que a violência conjugal não ameaça a ordem é esquecer que, quando um indivíduo está imbuído do papel de justiceiro ao agredir ou matar sua mulher, porque ela deixou de fazer a comida, não chegou cedo em casa, enfim resolveu desobedecê-lo, esse indivíduo está difundindo um modelo perigoso à ordem pública. A pouca importância dada aos crimes cometidos no espaço doméstico pode levar ao entendimento de que existe uma lei privada, uma lei interna às famílias que permite que pais castiguem os filhos até a brutalidade e que maridos e companheiros castiguem suas mulheres porque elas não corresponderam ao papel de esposas ou de mães tradicionais. Esses homens que fazem e aplicam essa lei privada são os famosos "justiceiros", similares aos grupos de extermínio que amedrontam os cidadãos humildes das periferias e bairros pobres. Ora, uma das grandes questões que nós estamos discutindo na nossa sociedade é a existência de poderes paralelos, de poderes autoritários paralelos, caracterizados pelos "esquadrões da morte", que atuam em nome de



um senso de justiça privado e resolvem matar aqueles a quem consideram os marginais, os transgressores de sua lei particular.

Na violência doméstica está presente a lógica do justiçamento privado. Por isso, quando o Estado considera a violência que ocorre no espaço doméstico como uma violência quase privada também aceita o justiçamento e acaba por reforçar a ideologia de que não é monopólio do Estado aplicar a lei e fazer a justiça baseada na lei. Ou seja, o sentimento de justiça que tem que prevalecer, em qualquer situação, tem que corresponder ao texto da lei; se a lei não está boa nós temos agir coletivamente para mudar a lei, mas não podemos nos reportar a sentimentos pessoais de justiça privada em detrimento da ordem pública. Quando o Estado não pune, ou trata a violência doméstica como uma violência menor, ou uma violência de time de segunda divisão, o Estado está incentivando toda a ideologia do justiçamento.

Na nossa pesquisa sobre o Poder Judiciário fizemos um levantamento de processos de homicídios e lesões corporais e procuramos ver como o Judiciário se manifesta quando a vítima é uma mulher de baixa renda ou de alta renda. Além disso, investigamos, também, a resposta do Judiciário quando a vítima é um homem e o acusado uma mulher.

Na realidade, quem julga os crimes de homicídios é o júri popular que pode decidir com autonomia e soberania, muitas vezes por um sentimento de justiça diverso da lei e calcado em padrões discriminatórios e sexistas. Em 1991, o Superior Tribunal de Justiça anulou uma sentença de julgamento de um homem que havia matado sua mulher e fora absolvido pelo júri baseado na tese da "legítima defesa da honra". O Tribunal Superior de Justiça revogou essa sentença dizendo que a legítima defesa da honra não era uma tese jurídica e que, portanto, não tinha valor para aquela absolvição. Mas como o júri popular é soberano, suas decisões só podem ser revogadas para a realização de um novo júri. Os Tribunais Superiores não têm competência para mudar a sentença de absolvição ou de condenação. Por isso, em um novo julgamento esse mesmo homem foi novamente absolvido pelo júri.

Na nossa pesquisa, constatamos também algo muito interessante no Código de Processo Penal e que revela uma discriminação contra as mulheres casadas. No rol das pessoas que podem se eximir de participar do júri, considerado um serviço de cidadania, estão incluídas as mulheres casadas, desde que não sejam funcionárias públicas. Na realidade, esse "privilégio" passa a atuar como mecanismo de exclusão da participação das mulheres casadas do júri popular, ou seja as mulheres são estimuladas a não exercerem sua cidadania.

Por tradição, o júri popular não é informado por critérios jurídicos, ou seja os jurados são pessoas comuns, não leram a doutrina jurídica. É formado basicamente pela pequena burguesia, por funcionários públicos, por pessoas que têm até conhecimento da lei. Os jurados têm uma série de prerrogativas: em

princípio não podem ser presos e se o forem ficarão em cela especial. Há uma série de prerrogativas especiais dadas àquele cidadão jurado e é muito comum que as pessoas gostem de ser jurados. A concepção do júri popular passa por uma perspectiva democrática na medida em que prevê a reunião de um conjunto de pessoas, das mais diversas inserções sociais e, portanto, com visões de justiça diferenciadas, para julgar o mais grave dos delitos — os crimes contra a vida de natureza dolosa. Se o júri realmente fosse formado dentro dessa perspectiva, nos teríamos na sua composição operários, empregadas domésticas, comerciários, bancários, donas de casa, funcionários públicos, profissionais liberais, empresários, enfim um conjunto de pessoas que comporiam uma certa representação social. Mas, na prática, o júri acaba sendo formado por pessoas de classe média, funcionários públicos que têm idéias e valores muito arraigados sobre os papeis de gênero. Assim, a mulher assassinada é tratada como alguém que deve estar adequada a um certo papel para ser considerada vítima. Há nos processos de homicídios contra mulheres uma verdadeira investigação sobre a vida da vítima para tentar explicar como o comportamento da vítima foi capaz de levar seu marido ou companheiro a matá-la.

Ou seja, a defesa do acusado tenta provar que ela não estava no seu lugar, que ela transgrediu, procurando despertar no júri os seus sentimentos mais conservadores sobre os papéis socialmente construídos para homens e mulheres.

Nos casos em que a mulher é a ré de um crime de homicídio, sua defesa também tenta adequá-la a um papel tradicional e provar que ela não transgrediu, não saiu de seu papel. Para tanto, ela tem que ser sempre boa dona de casa, boa mãe, boa esposa. Não basta que ela tenha trabalhado para sustentar a família. O importante é provar que a sua casa era arrumada, limpa, que cuidava dos filhos, que era fiel ao marido.

É muito interessante ver como a família, enquanto bem jurídico valorizado pela sociedade e pelo Estado, acaba sendo um bem jurídico mais importante que o bem jurídico vida. Ou seja, quando o comportamento da mulher pode colocar em risco a organização familiar, há uma condescendência social para com seu assassino se este for seu marido ou companheiro. Sendo o adultério um crime contra a família, particularmente se este é praticado pela mulher, então há uma espécie de "justificativa moral" para que seu marido ou companheiro a mate se ela fere os valores familiares. Na defesa dos homens que matam suas mulheres há, também, a tese de proteção da família porque as mulheres estariam agindo como elementos de desordem familiar, elementos transgressores de uma ordem definida pelo homem e expressa no texto do Código Civil de 1916.

Em alguns casos, podemos pensar que as defesas de homens que matam suas mulheres utilizam esses argumentos de ordem moral puramente para absolver seus clientes. Afinal, tais advogados vivem em grandes centros urbanos,



têm modos de vida e valores coerentes com a moralidade de seu tempo. Suas esposas e filhas ou irmães são mulheres que trabalham fora, estudam, saem sozinhas. Muitas vezes, são profissionais que já se casaram mais de uma vez com mulheres que também já não estão no primeiro casamento. No entanto, alguns juristas de reconhecido renome profissional e respeitados por seus pares endossam os valores que levam maridos a matarem suas esposas. Assim, foi com relativa surpresa que lemos uma longa entrevista de um famoso criminalista de São Paulo nas "Páginas Amarelas", da Revista de Veja, em setembro de 94. Considerado como um vitorioso na defesa de seus clientes esse famoso criminalista declarou: "se eu estivesse na pele de alguns clientes meus, mataria. Conheço casos em que os maridos foram extremamente fiéis e atenciosos não só com as esposas, mas com os amigos que acabaram deitando-se com elas. Aí a circunstância não é apenas a infidelidade da mulher, diz a bíblia que a mulher é santa, e ruim é satanás, essa é perversa e capaz de enlouquecer qualquer homem. O número de mulheres que trai seus maridos é altíssimo e o número dos maridos que matam é ínfimo. Eu nunca mataria minha mulher por infidelidade, isso porque minha mulher é santa, ela resignadamente me quer bem". Nessa mesma entrevista, esse renomado criminalista prossegue dizendo que "abre o coração para entender esse homem" e ele não teria nenhum problema de segurar essas "mãos homicidas, ainda sujas de sangue e abraçar esse homem" porque ele, naquela mesma circunstância também mataria. Com sinceridade, esse profissional declarou como pensa tanto no tribunal como fora do tribunal e, nesse sentido, acho que ele mostrou que também nas chamadas classes de alta renda, com alto nível intelectual, predomina a idéia de que a mulher é santa ou é satanás. Se ela é "santa" ela nunca vai praticar uma infidelidade, vai tratar seu marido respeitosamente, se ela é "satanás" merece morrer como tantas têm morrido. O que a gente percebe é que o júri popular, nos casos que envolvem crime praticado entre cônjuges ou companheiros, se orienta por essa percepção desse importante criminalista e absolve ou condena a partir desses valores externados .

Outra coisa que reparamos também no caso de homicídios é o valor da prova. Em casos de homicídio, a prova pericial tem um valor extremamente reduzido; é a prova testemunhal que envolve emocionalmente o corpo de jurados. Então, como na maioria das vezes as agressões acorrem sem testemunhas, no quarto do casal, ou na casa do casal, quando o casal estava sozinho, as testemunhas não são testemunhas oculares. São vizinhos, parentes ou amigos que vão expressar seus valores a respeito do réu ou da vítima.

Em um processo que examinamos na nossa pesquisa, a vítima, uma mulher de origem social modesta, apesar de não ter contra si nenhum comportamento considerado como "transgressor" era considerada nervosa. Na briga entre o casal, o revolver que pertencia ao réu teria disparado acidentalmente. Per-

cebemos que a própria a família da vítima não contestou a versão da acidentalidade porque a vítima era "nervosa" e como prova disso, alegava-se que em uma ocasião ela usara uma blusa do lado do avesso.

Então, na ausência de provas concretas e de testemunhas oculares, o réu é absolvido. Certamente o mesmo aconteceria se fosse uma mulher a ré. Ou seja, não podemos condenar uma pessoa por uma convicção baseada apenas na nossa subjetividade. O princípio do "in dubio pro reo" deve ser respeitado.

É extremamente interessante a compreensão de como os papéis de gênero influem nas decisões do júri popular ou do juiz togado. O judiciário maneja com os valores sociais ainda de forma muito tradicional, contra as mulheres.. Não há uma distinção de qualidade entre a maneira que um leigo avalia um caso de homicídio e a maneira como um juiz togado, um advogado, um defensor, um promotor de justiça vão avaliar esse caso de homicídio. Estão todos imersos nessa mesma cultura, onde foram naturalizados determinados papéis; são todos cúmplices dessa violência simbólica, num certo sentido. Cúmplices porque através dessas decisões eles passam uma mensagem política, estão fazendo política. Uma política que representa um jogo perigoso, porque é um jogo que incentiva-se implicitamente a violência. Considero que a política do judiciário, apesar de grandes avanços positivos nos últimos tempos, ainda tem sido uma política estimuladora da violência de gênero nos casos em que vítimas e réus são cônjuges ou companheiros. Nesse sentido é de fundamental importância aprofundarmos o diálogo com essa instância de poder.

[1] A CEPIA é uma organização não-govenamental, sem fins lucrativos, sediada no Rio de Janeiro e voltada para a defesa dos Direitos Humanos, em geral, com ênfase na cidadania das mulheres.

[2] Há propostas de grupos feministas para que a figura da violência doméstica esteja explicitada na parte especial do Código Penal, através de um novos tipos penais.

[3] Os resultados dessa pesquisa, encerrada em 1992, estão em BARSTED, Leila Linhares (1994), Violência Contra a Mulher e Cidadania: Uma Avaliação de Políticas Públicas, CADERNOS CEPIA nº1, Rio de Janeiro.

[4] Ver a esse respeito, HERMANN, Jacqueline e BARSTED, Leila Linhares (1995), O Judiciário e a Violência Contra a Mulher: A Ordem Legal e a (des) Ordem Familiar, CADERNOS CEPIA nº 2, Rio de Janeiro.



# A Conjugalidade nos anos 90[1]

**Lúcia Serrano Pereira**

*Psicanalista e vice-presidente da Associação Psicanalítica de Porto Alegre*

Nós temos a dimensão do desamparo em que cada um pode estar frente a esse encontro, enquanto homem, enquanto mulher, quando nós sabemos que a revista vende pela chamada na capa que diz assim: "dez dicas infalíveis para agarrar o seu homem", ou então "como impressionar uma mulher desde o primeiro encontro": coloque tal música, ponha a luz mais ou menos assim, prepare tal prato. Às vezes até pode funcionar, não pela dica que a música estava certa ou a luz fraca, mas porque a pessoa pode se sentir tranqüilizada com esse aparato e aí então pode fazer alguma coisa que não seja no estado de tensão. Então, não propriamente pela dica mesmo, mas pelo efeito que aquilo pode produzir, alguma coisa está encaminhada, o que é uma ironia.

O casal "vai bem vai mal" é posto em debate a cada momento.

No início dos anos 90, para tomar nossa década, foi publicada uma entrevista na Veja com uma terapeuta, uma professora da PUC de São Paulo, na qual ela declarava: "sou mais casamenteira do que divorciadeira"; aparecia a sua foto com a legenda "casamenteira". Ela sorria parecendo bem contente, porque, afinal, "casamenteira" é mais simpático, e o comentário embaixo: "os terapeutas já se orgulham de suas vitórias nas manutenções dos casamentos". Aí nós já temos uma questão, pois fazer da manutenção do casal um valor pode ser um tipo de ética, de prática. Há, por exemplo, a ética religiosa trazendo a indissolubidade do casamento como prescrição do bem conjugal, em que a prática poderia ser por exemplo, a do padre junto aos casais, ou dos padrinhos, ou de quem quer que seja que se ocupe de cuidar do casal. Esse é um tipo de ética, mas em se tratando de uma intervenção terapêutica, e não religiosa, nós temos que nos perguntar se um querer terapêutico que dirija as coisas de forma "casa-

menteira" ou "divorciadeira" não acaba operando certa função de *band-aid* num corte cirúrgico, por exemplo. O *band-aid,* como algo precário, não consegue dar conta da situação colocada. E *band-aid* pode causar muito sofrimento e sair muito caro. Vou voltar um pouco nisso depois. É verdade que quem vem procurar o tratamento traz junto as fantasias, os temores, os desejos, relacionando análise com o conjugal. Há pessoas que vêm e dizem assim: "não vim antes porque tinha medo que a análise me levasse à separação", ou então "meu marido não quer muito que eu venha, porque se eu me tratar, vou abandoná-lo". Esse tipo de caso mostra como há uma suposição de que a psicanálise fosse mais "divorciadeira". Mas também há outras situações, por exemplo: "minha mulher quer que eu venha". Disse: "ou eu me trato, ou ela vai embora". Essa é uma situação muito particular, pois não tem como se tratar para o outro, só dá para fazer isso por si, para si. Mas a demanda do tratamento cruzado é muito comum, é muito freqüente; bom que o outro se trate para mim ou que o outro se faça cargo de que algo possa resolver a nossa situação. Assim que começando nossa conversa cabe situar, e é isso que estou tentando fazer, que a prática psicanalítica não vai no sentido de fazer a prescrição ou a profilaxia do conjugal, nem de fazer o empreendimento que vise regrar a conjugalidade e a procriação. Se a psicanálise vai se ocupar de alguma forma do conjugal é na medida que o conjugal desse paciente nos remete à interrogação da sua posição de sujeito, daquilo que conta no sentido de que ele possa se achar. Isso contextualmente, porque ninguém está solto no espaço.

Eu estou tentando situar um pouco, dar uma certa especificidade, porque acho indispensável, para que se possa dialogar, que cada uma possa falar desde o seu lugar. É desde aí que nós podemos nos auxiliar.

Ninguém vai ao juiz para que ele peça associações livres, fale dos sonhos, assim como não cabe ao psicanalista sentenciar.

Vocês sabem é muito recente em termos de história, é coisa do último século no mundo ocidental, ter o amor e o sexual como algo a constituir um fundamento do conjugal. Isso não foi sempre assim. Realizamos um congresso há alguns anos que também reuniu antropólogos, psicanalistas, juristas, sociólogos, sobre o laço conjugal, e uma das coisas que se discutiu muito foi este ponto. Esse é um aporte que nos vem muito pela história da vida privada. Vocês conhecem os trabalhos de História das mentalidades, de Phillipe Ariès e Georges Duby. Ali há toda uma referência em relação ao "moderno" que é a questão do amor e do sexo como fundamento do conjugal. Eu vou trazer algumas referências disso: Na Antigüidade romana o casamento era um dever cívico e uma vantagem patrimonial, os esposos tendo o dever restrito de cumprir suas tarefas respectivas; se além disso viessem a se entender bem, seria um mérito adicional. Era possível se dar bem e até se amar, mas a realidade do casamento não se confundia com a realidade do casal. Em muitos epitáfios o marido deixava a



inscrição que referia "minha caríssima esposa", mas em outros epitáfios não menos numerosos dizia "minha esposa que nunca me deu motivo pra queixa". Quer dizer, o amor conjugal era sorte, não base do casamento nem condição do casal. Eu não vou fazer aqui o recorrido histórico, somente vou apontar o outro vértice chegando aos nossos dias. Na primeira metade do nosso século, o casamento, ainda em 1930, era relativo à organização de um lar onde a profissão e a fortuna, bem como as qualidades morais, pareciam mais importantes que as inclinações psicológicas, para decidir sobre a união. As pessoas se casavam para dar sustento e auxílio mútuo ao longo de uma vida, que era dura, para ter filhos, aumentar o patrimônio e deixar herança. É difícil definir o papel dos sentimentos no casamento naquela época, nos dizem os autores. O máximo que dá para dizer é que a norma social não tomava o amor como condição do casamento, nem como critério de seu sucesso.

No contexto francês, tomando um pouco ainda isso da "História da vida privada", Phillipe Ariès aponta na década de 50, como um fato novo a valorização do amor conjugal sob todos os aspectos, incluindo a questão sexual. Isso estava colocado como uma novidade, não é algo que vem e sempre foi assim. Ele vai observar em um artigo que obteve certa repercussão na época, que em 1948 doze por cento dos estudantes são casados; vendo aí o indicador de uma mudança importante, pois casar antes de ter uma situação estabelecida constitui uma grande novidade e os casamentos dos estudantes são casamentos por amor. O ideal conjugal muda. A constatação que ele faz do fato novo é que havia um percentual de uniões conjugais que já não se dava mais em relação à questão patrimonial, herança, etc...; algo da escolha, da inclinação entrava em jogo. As palestras de preparação pré-nupcial vão indicar que os filhos, para serem bem criados, precisam não só do amor dos pais, mas também do amor entre os pais. O termo "casal" passa a ser utilizado em expressões como "vida de casal", "problemas de casal", o que não era colocado antes. O amor agora ocupa um lugar central no conjugal, é seu próprio fundamento. A opinião pública no final dos anos 50, mostrava mais tolerância em relação à sexualidade pré-nupcial desde que os noivos se amem e queiram levar uma vida a dois. O laço conjugal heterossexual com amor ocupa a função de modelo e norma, frente às outras práticas amorosas e sexuais, que ficam sem dúvida marcadas, identificadas por um imaginário social de exclusão. Isto tem relação com o que a Míriam apontava no início: não é bem a questão da normalidade, mas é a questão do ideal, da moral e de como isso vai ser colocado e vai incidir fortemente na subjetividade. Aquilo que não está inserido no cumprimento da moral conjugal fica identificado pela exclusão e isso é extremamente problemático. Como se nós pudéssemos reunir uma série de coisas não porque elas tenham alguma situação que as defina, mas por exclusão. Assim a conjugalidade, podendo ser um lugar escolhido por amor e desejo,

passa a fazer a convergência do sonho de felicidade do homem e da mulher, no que diz respeito ao ideal social. O ideal social tem uma força que permite que isso comande também um pouco os sonhos, os ideais de felicidade.

Nós somos levados a pensar que se a escolha nesse momento pode ser mais livre, agora é por amor e por inclinação sexual, mais perto nós estaríamos da felicidade. Quanto mais a gente pode escolher livremente, mais perto estamos de sermos felizes.

Mas, eu achei interessante o que a Kimberle destacava na quarta-feira: cuidado com as celebrações, não vamos sair comemorando as coisas muito rapidamente porque não é bem assim. No tema que nos concerne, também: não dá pra comemorar tão efusivamente que agora a gente escolhe por amor e por sexo e que isso nos deixaria mais perto da felicidade, porque há também um outro viés da história. De alguma forma, pelo contrário, nós estamos cada vez mais escutando o sofrimento referido ao conjugal, isso não parou. Quando declina o tradicional e a família, com o incremento do individualismo, o sofrimento se reafirma. Como pensar isso? Nós poderíamos considerar que antes a repressão era tanta que não se falava e agora se abriram as comportas. É possível talvez, mas não é só isso. Não vale a pena nos contentarmos com a simples metáfora da "panela de pressão". Se o sonho de felicidade que o conjugal moderno alimenta coincide com uma intensificação da queixa, nós temos pelo menos uma razão a mais do ponto de vista da estrutura subjetiva hoje. É o fato de que o que se situa do lado do horizonte do ideal é um pouco uma faca de dois gumes, principalmente numa sociedade como a nossa. Aquilo que se situa do lado do horizonte ideal pode ser tomado como uma meta a cumprir inexoravelmente, ferozmente, perfeitamente, quer dizer, a felicidade sonhada pode passar a funcionar como um ideal imperativo e feroz, em que cada um, no livre exercício da sua escolha, tenha por isso mesmo que realizar o imperativo de felicidade conjugal perfeita. Se por um lado os traços ideais, as nossas referências de valor, servem para nos inspirar, para animar nosso desejo, as nossas relações, as nossas vidas, quando acontece de serem tomados do lado do narcisismo vem o problema: podem fazer da vida uma corrida alucinada. (sempre que esses ideais funcionem na via narcísica). Um ideal enquanto tal é sempre inatingível; quando é atingido, justamente, deixa de ser um ideal e passa a ser algo alcançável. O problema é quando somos tomados na relação ao ideal na forma do imperativo. Ele passa a funcionar como aquele inatingível com qual cada um se mede, mas pelo lado da frustração, da impotência, da sensação de que nós não estamos à altura, ou então o nosso parceiro, ou a nossa parceira não está. Ter um ideal inspirador é uma via possibilitadora,, ter um ideal que possa constranger o sujeito, que possa servir para a se medir o tempo todo e dizer "sou incapaz, sou burro, não consigo", é outra coisa. Viver numa situação de frustração desse tipo é o que promove também o lado depressivo, uma certa paralisia, uma certa hipostasia do desejo. A cultura do narcisismo é muito forte nos anos 90, não estamos livre disso. Se por um lado se escolhe por amor, por sexo etc,..estamos escolhendo dentro de uma cultura, onde há um apelo narcísico muito grande. Este também é um apelo que joga as coisas do lado de uma possibilidade imperativa, por isso não podemos comemorar muito. "O que que os outros vão pensar? Que imagem vai passar? Eu não vou queimar o filme?" Nós podemos nos remeter também à questão tolerância e intolerância que é tema de discussão mundial no cenário político, pela ONU, no ano passado. A questão do debate sobre tolerância e intolerância não é um tema qualquer. Isso merece nossa atenção, não só no que concerne o conflito entre os povos. Uma cultura que saiba considerar algo da tolerância não é uma cultura da permissividade. Na cultura da permissividade, o que existe não é respeito pela diferença, é indiferença, é violência. Falando do ponto de vista da constituição psíquica de cada um, homem ou mulher, todos na organização infantil inicial passam pela miragem de narcisismo. A questão narcísica, então também é uma questão que vai estar no "nosso constitutivo" se podemos falar assim. A miragem de ser completo, de completar o outro, a miragem de ser o exclusivo tesouro do outro, "tesouro da mamãe", de realizar o complemento materno, isto é uma condição psíquica constitutiva necessária. A existência do sujeito humano sexuado supõe este "banho de narcisismo" inicial, por esse banho erógeno, que se tem nas primeiras relações de desejo com o bebê. Isso é preciso, mas é ilusório, porque mesmo desde o início é imaginário, não se completa o outro, realmente. Não somos de fato esse tesouro exclusivo, mas é uma ilusão necessária. Essa é a matriz do sujeito; ao mesmo tempo é matriz do sujeito e matriz do sonho de felicidade, de um paraíso perdido a ser reencontrado onde nós não teríamos que lidar com o desamparo, com a angústia, ou mesmo não teríamos que pagar o preço,o trabalho,para ter acesso ao desejo, que não é fácil, dá trabalho, não é de graça. É preciso abandonar um pouco a miragem, para podermos nos ocupar do que nos falta, pois é disso que o desejo se alimenta. É preciso abandonar algo da miragem para poder encontrar diferença, alteridade, masculino, feminino. A masculinidade e feminilidade não se referem a alguma essência de homem ou mulher no aspecto biológico, mas testemunha de uma relação complexa do sujeito ao desejo e à lei do desejo, isso trançado na cultura. Não é algo que vem do lado instintual, do lado da natureza. Anatomia não é suficiente para dar conta da diferença sexual no âmbito do psíquico. Na miragem do narcisismo não há diferença sexual, apenas a tentativa de acabar com qualquer diferença, com qualquer aresta, com qualquer falta. Nesse sentido, ficar nessa miragem, que é tão embaladora e tão constitutiva do sujeito, é mortífero. Ao mesmo tempo que está ali e que é necessária, ficar nisso não dá. É mortífero ficar, porque aí é ter que fazer uma completude, uma perfeição que é totalmente impossível e ainda por cima no lugar de objeto, porque enquanto na miragem narcísica nós não

somos sujeitos, somos objetos, estamos em uma oferta para um completamento. Nisso vem a força do imperativo que massacra, quer dizer, quando algo é tomado narcisicamente, estamos no imperativo, não é como na antiga série de tv onde a missão impossível no fim das contas era sempre realizável.

Há então razões para pensar o que faz a vida conjugal difícil. Um homem e uma mulher tomam a cada vez as coisas de uma maneira diferente e quando falam entre eles, cada um entende e interpreta segundo sua própria condição. Quanto ao sexual, por exemplo, o desejo do homem é entretido por uma imagem e isso pode ser suficiente para satisfação do desejo sexual. Quando a sua mulher manifesta ciúme é porque ela sabe que a imagem que é a causa do desejo do homem não é originalmente a imagem dela. É por isso que a mulher sempre diz para o homem "é a tua mãe". Ela tem razão, porque para o homem é precisamente a sua mãe que constitui a imagem primordial que faz causa do seu desejo. A origem do ciúme feminino é relativo a essa diferença, tem a ver com essa referência de que vai ter outra em algum lugar na cabeça do homem. Já o ciúme masculino é completamente diferente, ele vai dar direto na interrogação da potência paterna. Esse é só um exemplo que eu trago para vocês para situar um pouco como podemos falar sobre a mesma coisa, aparentemente, mas tomar pontos de referência completamente diferentes. No caso da mulher, o desejo vai se apresentar numa certa indeterminação, podendo nisso haver mais flexibilidade. Para o homem é mais fixo, é preciso algum elemento que sempre se apresente, por exemplo o olhar; se não tem olhar, não tem graça. Ela pode mudar de fantasmática sexual quando muda de homem, por exemplo, uma mulher no exercício de sua feminilidade tem essa dinâmica de maior disponibilidade. O homem tem a escolha de objeto situado em algo bem mais determinado.

Quanto ao amor, há um agravante: toda paixão amorosa é um tipo de paranóia. Realmente, todos aqui já devem ter visto casais se destruindo porque estavam ambos num estado passional em relação ao outro. Imagino que na área jurídica isto seja o cotidiano. Isso acontece porque no amor nos confundimos um pouco com o outro. Cada um pode vir a reprovar no outro as faltas que tem, fazendo do parceiro o portador das próprias dificuldades. "Por que tu não fizeste dessa maneira?" é uma reclamação constante quando nos parece que só havia uma forma de fazer, a nossa. Isso vai desde apertar a pasta de dentes, tampar o shampoo ou responder para o chefe no trabalho. Não vamos fazer aqui um inventário das diferenças entre o masculino e feminino, até porque são temas que não se esgotam, deles nós só temos aproximações, sempre. Não há nenhuma essência natural do masculino e feminino. Estamos sempre mediados pela linguagem e pela cultura. Trata-se mais é da condição de suportar alteridade e saber disso aproveitar. Afinal, laço conjugal é um sintoma e ainda por cima sem cura. Não é um sintoma no sentido patológico, como algo do qual temos que livrar, mas no sentido de inerente à nossa condição humana.



O sintoma em psicanálise, por definição, é uma formação substitutiva, é algo que substitui outra coisa, que vem no lugar que foi recalcado, reprimido. O conjugal de hoje, tomando por essa via sintomática ampla, é substituto daquilo que é impossível no amor e no sexo. No amor, o fato de sempre comportar um aspecto de narcisismo, o que impede que seja uma relação totalmente relativa ao outro. No sexo, o que movimenta o desejo sexual é sempre relativo a algo parcial no outro, um toque, um olhar, um jeito de caminhar, uma qualquer coisa que fisga num ponto que não se sabe bem situar, muitas vezes. Nunca nos encontramos com o outro mesmo totalmente; quando a gente ama, se está em relação ao outro mas tem algo, tem um retorno sobre nós mesmos. Quando a gente deseja é no outro, mas é também em relação ao "parcial" do outro, então essa relação "total" é impossível. O sintoma conjugal não tem cura; quem sabe melhor é pensar o que podemos fazer de interessante com ele, porque mesmo produzindo queixa como qualquer sintoma que se preze, é possível amar, desejar viver juntos e apesar de tudo e em especial se não precisar fazer na perfeição. O fracasso do modelo moderno de casamento é exemplar disso: quanto mais os jovens tentaram se livrar do tradicional, mais expostos ao imperativo, quer dizer, quanto mais se tirar a questão tradição, mais é preciso fazer perfeito, porque se está escolhendo, então tem que dar certo. É necessário saber diferenciar o que da tradição é conservadorismo e preconceito, daquilo que são referências importantes, senão a gente corre o risco de jogar o bebê junto com a água do banho. Não é possível atirar tudo pela janela num certo delírio de autonomia. Nunca me esqueço de um adolescente que veio para uma primeira consulta e me disse orgulhoso: "eu me fiz sozinho". Nessa tentativa de reprimir o que ele devia aos pais, ao social, à cultura que o humanizou carregava um peso considerável; impotência, inibição. Ele não tinha por onde se achar de tão *self made man*; teria sido interessante que ele entendesse que não precisava criar o mundo para poder se dispensar da repetição do fracasso que ele atribuía ao casamento dos pais.

Falar da conjugalidade nos anos 90 pode nos levar a interrogar como vocês vêem, de certa maneira, os sintomas da nossa contemporaneidade. Talvez não fosse demais, ainda para os anos 90, poder fazer relativamente ao conjugal algo diferente da frustração que rege alguns outros sintomas que vêm se instalando fortemente no nosso tempo, como a toxicomania e a delinqüência. O próprio conjugal nisso é pesado. Por exemplo, o casal mais famoso no mundo das drogas foi o Kurt Cobain e a Courtney Love. O Cobain líder da banda Nirvana, ídolo dos adolescentes se suicidou em 94,com 20 e poucos anos; Courtney Love foi internada faz umas três semanas por overdose. Aliás, é muito curioso que o nome da banda fosse Nirvana. A gente está falando do Nirvana, do narcisismo, da completude de ter que fazer um ideal. A dinâmica psíquica da delinqüência é uma coisa curiosa e séria, porque ela é um pouco "eu vou tomar para mim

porque afinal o outro me deve". O delinqüente não vai tomar do outro. É como se ele usurpasse do outro, de alguma forma aquilo é dele. Ele não está numa posição social, no sentido de "bom, eu devo algo à minha cultura". Na delinqüência, o outro me deve. A sociedade me deve porque fizeram isso e aquilo comigo. Isso é uma faca de dois gumes também, é muito fácil se entrar no jogo da culpabilidade.

A questão da culpabilidade é muito delicada. É muito delicada inclusive nas problemáticas de casal. Cada um fica muito ocupado no pedido de que se determine, afinal, quem é que tem razão. De quem foi a culpa? Quem é o inocente? O problema é que ficar se gastando indefinidamente na justificativa, seja de culpa ou de inocência, é uma maneira de ficar parado no mesmo lugar, tomado em um gozo no sofrimento sem fazer o que precisa para sair disso.

Bom, eu vou concluindo aqui. A partir do tema do nosso curso, Ordem e Desordem, levando em conta o conjugal dos anos 90, acredito que a ordem na família, no casal possa ser tomada mais do lado da distribuição dos diferentes lugares de onde cada um possa se conjugar e menos do lado do imperativo da realização de uma impossível perfeição.

**Notas**

[1] Transcrição da palestra proferida no Seminário Internacional Feminino e Masculino - Igualdade e Diferença na Justiça (1995, em Porto Alegre).



# Os Conflitos conjugais no judiciário

**Rejani Brasil Filippi**

*Advogada em Porto Alegre na área do Direito de Família, procuradora aposentada do estado, ex-conselheira da OAB - Seção RS. Artigos publicados sobre Direito de Família, nas Revistas Jurídica e da AJURIS*

A minha experiência no exercício da profissão de advogada, vinculada a causas de divórcios e separações se encontra restrita ao epílogo, ao desfecho destas relações.

As uniões dilaceradas por conflitos e já no limiar do desmoronamento caracterizam a maioria dos casais que comparecem ao meu escritório, e solicitam orientação jurídica.

Nas entrevistas pude vislumbrar, através dos relatos acerca de sua vida pregressa, o início dos relacionamentos: as incertezas, temores, empenho, alegrias e frustrações que comumente assinalam as tentativas de fundar um tipo de associação duradoura. Quero dizer que, em geral, ambicionavam construir algo que transcendesse a uma mera união transitória, mas que, apesar dos esforços, malograram.

Os motivos desses insucessos não cabe discutir neste trabalho, pois devo cingir-me às indagações do que ocorre no momento da ruptura das relações conjugais e as conseqüências, a partir dela.

Como se solucionam, perante o judiciário estes conflitos? Qual o tratamento que recebem naquela arena os direitos reivindicados pelas mulheres esposas ou companheiras?

Sabemos que é no palco do judiciário que aquelas travam, quotidianamente, as suas piores batalhas, nem sempre bem sucedidas. E lá que lutam em defesa do direito à percepção de alimentos, quando necessitadas, de manter a guarda de seus filhos e de não serem espoliadas ou reduzidas à condição de miséria no momento da separação judicial ou ao

término da relação concubinária.

Na verdade, não se pode negar que vem ocorrendo uma constante alteração, embora vagarosa, no comportamento, na prática das mulheres. Elas trabalham fora com maior freqüência, entrando em profissões supostamente masculinas; vivem prazerosamente, sem culpas, uma maior liberdade nas relações sexuais; a vida em comum, sem casamento é buscada com assiduidade.

Poder-se-ia constatar uma maior autonomia da mulher assumindo-se como pessoa por direito próprio, afirmando responsabilidades e seu lugar no mundo.

Isto "leva a uma transformação incrível na condição feminina, e logo, automaticamente na condição masculina, cuja profundidade e cujos efeitos são ainda incalculáveis" já observou Castoriadis (In Revolução e Autonomia, p. 63/64) há alguns anos, referindo-se, seguramente às mulheres européias.

Estes fatores repercutem na abolição das formas regulamentadas de família, hierarquizadas e autoritárias.

Tanto é verdade que a Constituição do país, a partir de 1988 acolheu a figura da entidade familiar que inclui não somente a família oriunda do matrimônio, como também, a família natural (união estável) e ainda a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. A Carta anterior só contemplava como digna da proteção do Estado, a primeira, ao passo que após a alteração constitucional, esta se estende indistintamente às entidades familiares, às quais se aplicam, agora, as regras do Direito de Família integrantes do Código Civil Brasileiro. Por outro lado, no Capítulo da Família, em decorrência dele, sucedeu a revogação de um sem número de regras obsoletas. Perderam-se também algumas referências importantes, até então existentes, como a condição atribuída ao marido, de chefe supremo da sociedade conjugal. A abolição da "chefia" implicou na perda de prerrogativas e privilégios que concediam ao marido maior poder de decisão no âmbito doméstico, quanto ao exercício do pátrio poder, escolha de domicílio, administração de bens conjugais, enfim, diluiu-se a prevalência de um cônjuge sobre o outro.

Nota-se, igualmente, a influência das leis sobre o divórcio e separação judicial, que o permitem após o decurso do prazo de dois anos contínuos de afastamento (divórcio direto, ou, um ano) no segundo caso, eliminando nestas duas hipóteses, a discussão inoportuna da culpa sobre quem deu causa à insuportabilidade da vida em comum.

Outro dado significativo consiste na afirmação, crescente nas leis e sentenças, da preponderância dos direitos e interesses das crianças, de seu bem estar, sobre os dos pais e ou adultos.

Em virtude destes acontecimentos, causa espanto que, ainda hoje, nas argumentações desenvolvidas nos processos de família, se faça distinção quanto a certos atos, se praticados por homens ou mulheres.

Análise interessante consta do estudo e pesquisa realizada por três



advogadas paulistas no livro "Figura Personagem Mulher em Processo de Família", Silvia Pimentel, Beatriz Di Giorgi e Flávia Piovesan, editado pela Sérgio Fabris.

Elas avaliaram decisões judiciais proferidas na área de Direito de Família por vários tribunais do país, circunscritas ao período determinado de vinte anos, referente às décadas de 70 a 90. Elas buscam explicar a duplicidade, a existência de dois pesos e duas medidas, no modo de apreciar a conduta (conjugal) masculina e feminina.

Buscaram revelar o quanto de preconceito existe no âmbito das decisões aludidas, mas não deixaram de apresentar, também, outras situações nas quais o discurso judicial apresenta ruptura com a concepção estereotipada em relação à mulher.

Apontaram, em princípio, três posturas em relação à mulher no âmbito das decisões judiciais.

A primeira diz respeito à reprodução dos valores tradicionais existentes na sociedade: subalternidade política e social da mulher. Tais decisões são permeadas de preconceitos e discriminações, principalmente no que diz respeito ao comportamento sexual da mulher.

Em certos casos, juizes e tribunais decidem os pleitos, sobretudo os de natureza alimentar, com base na conduta moral da mulher, em torno da qual criam exigências comportamentais dirigidas exclusivamente a elas.

Isto tem causado — à toda evidência — prejuízo concreto às pretensões das mulheres. Tal ocorre, por exemplo, quando se priva a mulher pobre, às vezes em condições de miserabilidade, de pensão alimentícia apenas porque, alegadamente, manteria "conduta irregular", comportamento "desregrado".

Trago como exemplo — recente — a causa de uma esposa de meia idade e, à época, desempregada, cujo marido afastara-se espontaneamente do lar conjugal e negava-se a pensionar o ex-cônjuge. Ajuizei de imediato, ação de alimentos pelo rito célere da Lei 5.478/68. Pedi alimentos provisórios. Provei a penúria da alimentanda, a impossibilidade de acesso ao mercado de trabalho. O marido se opõe tenazmente ao pedido e imputa à parte autora a prática de injúrias graves, descumprimento de deveres conjugais, principalmente a violação dos princípios de fidelidade recíproca, tudo com o fito de isentar-se da obrigação alimentar. Convoca testemunhas para provar a má conduta da esposa. Em vão, me insurgi, argumentando que a ação de alimentos não é o lugar, a sede para discussão da culpa de quem os postula.

No entanto, a indagação e a prova sobre quem deu motivo à separação foi admitida pelo julgador.

Vê-se, pois, que em determinadas circunstâncias, o dever alimentar se encontra atrelado ao comportamento sexual da mulher (área de sua indevassável intimidade) quando o cerne de questão deveria repousar na necessidade de

quem pede, sua capacitação profissional, idade, tempo anterior dedicado ao lar.

Nestas decisões, de inegável cunho conservador, de apego à conduta moral da mulher, à noção de culpa e castigo, e que culminam com a perda da pensão pretendida, prevalecem, como já se afirmou, valores entranhados na sociedade, ainda dominantes, mas cada vez mais questionados.

O juiz se desvia do fundamental e, preso aos clichês discriminatórios sobre a conduta feminina, decide a causa (que versa sobre o direito ao pensionamento) não mais em função de uma real e comprovada necessidade, mas dispõe-se a encará-la como prêmio a determinadas virtudes morais da postulante.

Nas ações de alimentos, considerar a ausência de culpa, como elemento importante, instituindo a abstinência sexual da titular como pressuposto à concessão de pensão, constitui um entrave e um recurso fácil para fulminar as pretensões da alimentanda.

Em derradeiro, as autoras do estudo mencionado, apresentam outras decisões marcadas pela objetividade e nas quais o julgador se atém aos valores emergentes na sociedade atual repudiando estereótipos e clichês.

Assim ocorre nas causas de família, quando se recusa pensão às mulheres bem aquinhoadas na partilha de bens, ou que possuem rendimentos oriundos do trabalho ou outros ganhos, suficientes a seu sustento.

Ou, ainda, quando garantem aos esposos e companheiros o direito ao pensionamento por parte de suas consortes, quando demonstrada sua real incapacidade de sustento.

São decisões que consagram, exemplificativamente, a emancipação da mulher, apontando no sentido da igualdade dos sexos, tanto em deveres como em obrigações.

Por fim, caberia assinalar, a esperança de que os Juízes, que enfretam no dia a dia o desafio de construir o Direito, passem a absorver as transformações sociais acatando os valores sociais emergentes, ultrapassando seus próprios limites.



# Sexo como arma e corpo como alvo[1]

## ASSÉDIO SEXUAL, PROSTITUIÇÃO E CRIMES SEXUAIS

**Sandra Azeredo**

*Professora adjunta do Departamento de Psicologia da UFMG*

Eu vou falar sobre uma pesquisa que estou fazendo com prostitutas pobres em Belo Horizonte e espero que dê para entender um pouco essa relação do sexo como arma e corpo como alvo. A pesquisa é financiada pela Fundação MacArthur, durante um período de três anos. Eu estou terminando o segundo ano de pesquisa. Como professora do Departamento de Psicologia, da Universidade Federal de Minas Gerais sou a coordenadora de pesquisa e tenho uma equipe de quatro estudantes de Psicologia do curso de graduação, um estudante de mestrado e uma prostituta. Tive como mentora, no primeiro ano a demógrafa Maria do Carmo Fonseca e, nesse segundo ano a minha mentora é a prostituta Gabriela Silva Leite. É importante falar da pesquisa e das pessoas que a integram, porque ela faz parte do que a gente chama em Psicologia Social, uma pesquisa-ação, que na realidade estou chamando de ação-pesquisa para enfatizar a substancialidade da ação que a gente está tentando com essa pesquisa.

A pesquisa-ação tem duas características diferentes de uma pesquisa tradicional. Primeiro, busca não só estudar. Como o próprio nome diz, busca também fazer algum tipo de ação, através do estudo não modifique a situação do ambiente que nós estamos estudando. A pesquisa-ação começou a ser desenvolvida na década de 40 nos Estados Unidos por um psicólogo social Kurt Lewin, foi ele quem primeiro usou essa terminologia, pesquisa-ação.

Hoje em Belo Horizonte nós estamos fazendo uma ação-pesquisa, ou melhor, o que eu estou chamando de uma ação-pesquisa. Outra característica importante desta pesquisa, que a gente compartilha, de certa forma, com a etnografia, é que na pesquisa-ação ou na ação-pesquisa nós estamos trabalhando com os próprios sujeitos que estamos estudando. Nesse sentido, as prostitutas

participam também da equipe de trabalho, com os acadêmicos, com os pesquisadores. Uma terceira característica importante é que ela é interdisciplinar, quer dizer, nós trabalhamos com vários departamentos dentro da Universidade, não apenas o departamento de psicologia. Estão envolvidas a escola de direito, a escola de educação e a faculdade de medicina. Nós estamos buscando fazer uma ação integrada. E por que essa ação integrada? Qual o objetivo da pesquisa? Nós estamos tentando entender através de estudos, de questionários, de realização de *Workshop*, de realizações de grupos focais a situação das prostitutas pobres de Belo Horizonte. Mas o objetivo final do projeto, no final do terceiro ano, que será em julho de 1996 será a criação de um Centro de Referência para os Direitos Reprodutivos das Mulheres , ou seja que a gente tenham um centro onde possam exercer os direitos em relação à sua própria saúde reprodutiva e a sexualidade.

Vejo essa pesquisa como fazendo parte do movimento internacional de saúde das mulheres internacional e, principalmente, do Brasil. Eu faço parte da Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos e a minha pesquisa está muito ligada como parte desta rede. No centro da minha análise está a questão de gênero e as necessárias inter-relações de gênero com as questões de raça e classe. Hoje não podemos mais falar apenas nas diferenças entre homens e mulheres, mas temos que considerar as diferenças entre nós mulheres e, no caso do meu projeto, a diferença entre nós mulheres é básica e central. É uma diferença entre mulheres prostitutas e não prostitutas — uma diferença importante na nossa sociedade. Para mim foi muito difícil entrar nesse universo que eu não conhecia, a não ser através de estereótipos de livros, de filmes, de revistas, o universo da prostituição, eu que não sou prostituta. E durante algum tempo, e até hoje, estou trazendo questões, nós vamos discutir alguma coisa, não tem nada muito certo, mas durante algum tempo eu fiquei até em dúvida, se eu, como uma feminista acadêmica, ia estudar esta questão da prostituição como uma questão que interessasse a nós feministas. Fiquei até pensando: as prostitutas são diferentes mesmo, elas estão no mundo delas, eu não vou me meter a estudar as prostitutas, mas hoje estou convencida que sim, a prostituição é uma questão para o feminismo, apesar das relações super complicadas que nós feministas temos com as prostitutas e vice versa. A relação não é simples, é tensa, mas eu acho que é uma relação importante da gente continuar pensando nela e trabalhando. Por que a prostituição é uma questão feminista? Justamente porque ela está dentro de uma sociedade orientada para o macho, orientada para os homens, para o desejo dos homens, onde os homens são centrais e a própria existência da prostituição aponta para isso. Porque ela existe numa sociedade orientada para o homem, uma sociedade que divide as mulheres, entre mulheres boas para casar e mulheres boas para trepar. Então essa divisão nos interessa enquanto feministas, entender que nós mulheres estamos divididas entre "mu-



lheres honestas" e "mulheres putas". Essa divisão em si mesma traz conseqüências e reforça o fato de que a prostituição é uma questão para nós feministas. Para pensarmos, por exemplo na questão da prevenção da AIDS. Se as prostitutas são mulheres que estão ali para fazer tudo o que é possível na cama, como fica esta questão?

Gostaria de mostrar como essa divisão entre nós mulheres é forte, não apenas no discurso dos homens; vou dar um exemplo de um discurso de um homem que apareceu na **Nova**, de fevereiro de 1995. A revista fez uma reportagem com homens, sobre a razão deles gostarem de procurar as prostitutas e, esse rapaz, de 35 anos, deu o seguinte depoimento: "prostitutas são mulheres cheias de humor, com uma porção de experiência e muita técnica. Eu tenho mais satisfação com as prostitutas na cama, do que com a minha namorada. Naturalmente não é culpa da minha namorada, é a sociedade que nos ensina a ser assim, se a minha namorada fosse como uma prostituta na cama eu acharia muito estranho. Eu não tenho nenhum preconceito, mas nenhum homem gostaria de se casar com uma prostituta".

O discurso desse homem parece ser um discurso muito padrão do que a gente encontra em outros homens. Essa divisão que ele faz, ele acharia muito estranho se a namorada fizesse algumas coisas na cama com ele, e não se casaria com ela, e seria colocada no outro lado, das mulheres que não são boas para casar, nós encontramos também na fala das mulheres. O mais estranho para nós foi descobrir esse discurso na fala das próprias prostitutas. Elas nos disseram que com os parceiros fixos delas — que todas têm, todas têm o seu marido ou parceiro fixo — elas não podem fazer determinadas coisas na cama. Essas coisas, os homens têm que procurar em outras prostitutas para fazer, porque senão a relação não vai permanecer. Então essa divisão é uma divisão central e que está no nosso discurso, enquanto mulheres casadas, algumas de nós não aceitamos fazer algumas coisas com nossos parceiros fixos na cama e até entendemos que eles procurem outras mulheres para fazerem isso. Então acho que é uma questão super importante pensar nessa divisão.

Eu estava falando na segunda conseqüência, uma conseqüência que, para mim é um segundo motivo, porque a prostituição se constitui como uma questão para o feminismo: a questão de prevenção da AIDS. Se prostitutas são mulheres com quem se pode fazer tudo na cama, a camisinha não cabe muito bem nesse lugar, ela (a camisinha) impede que algumas coisas sejam feitas. Nós ouvimos essas mulheres discutirem a questão da camisinha e o que elas passaram para nós sobre a prevenção contra a AIDS foi um medo terrível, de passarem realmente por esse risco enorme por estarem nessa posição das mulheres que fazem tudo na cama. Isso é confirmado porque elas nos dizem que na lista de preços (elas têm uma lista de coisas que fazem no programa, o que se faz sem camisinha é muito mais caro). Você estando num trabalho, numa profissão onde algumas coisas te dão

mais dinheiro, certamente você é muito mais tentada a fazer essas coisas.

E um terceiro motivo e, para mim, o mais importante, porque a prostituição é uma questão que interessa ao feminismo é entendermos a prostituição como uma experiência de trabalho. Eu acho que um primeiro problema da gente considerar a prostituição como trabalho é o próprio nome dessa profissão. O que você é? Prostituta. Nós entrevistamos cento e cinqüenta e seis prostitutas e tivemos grupos focais com trinta prostitutas, dez em cada grupo.Além disso, conversamos com uma série delas, temos uma prostituta na nossa equipe. O problema maior que encontramos é como nomear essa profissão. Naturalmente é muito complicado porque, devido àquela divisão das mulheres que eu falei, das mulheres prostitutas e não prostitutas, "a puta" é um dos xingamentos piores que nós temos no Brasil, pelo menos, "filho da puta" é um horror de ser chamado. Então essa questão de você se nomear como uma coisa que também é um xingamento, que tem um lado desvalorizado. Enquanto a mulher boa para casar é exaltada, é relacionada à Virgem Maria, etc... complica a própria nomeação da profissão e do trabalho da prostituta.

Uma outra coisa que complica a questão é o fato de se referirem à sua atitude como "batalha". Elas estão na batalha é assim que elas se referem. O problema é que elas mesmas e algumas outras pessoas de outras organizações não governamentais que estão trabalhando com prostitutas na cidade fazem uma diferenciação entre batalhar e trabalhar. Elas falam por exemplo, "naquela época eu estava batalhando, aí eu parei de batalhar e fui trabalhar". Trabalhar é fazer qualquer outro tipo de atividade que não seja prostituição e essa coisa é complicada. Essa diferenciação é feita principalmente por organizações que consideram a prostituição como uma escravidão e não como um trabalho. Como uma escravidão, as mulheres são vítimas, meras vítimas, não escolheram estão ali porque são pobres vítimas, miseráveis, portanto, elas estão batalhando. Algumas organizações, principalmente a pastoral se auto definem como abolicionistas no sentido de libertar essas mulheres da escravidão. Isso complica ver a prostituição como trabalho. Então por exemplo, uma mulher de uma ONG estava trabalhando no hotel de Belo Horizonte, no programa de prevenção de AIDS, e um rapaz chegou para ela e perguntou quanto era o programa, confundindo-a, naturalmente com uma prostituta. Ela imediatamente falou para o rapaz: "não, eu estou trabalhando, o que eu estou fazendo aqui é trabalhando", a forma que ela buscou para se diferenciar das prostitutas foi falar que estava trabalhando. Então, logicamente as prostitutas não estão trabalhando, estão batalhando, o que é outra coisa.

As prostitutas para se diferenciam das outras mulheres que têm sexo com homens que elas conhecem muito pouco ou não conhecem (o trabalho da prostituta é ter relações com homens muitas vezes que ela não conhece), as outras mulheres que conhecem um cara na boate e vão ter sexo com ele, é que elas recebem dinheiro para ir: isso é trabalho. Neste caso elas chamam de



trabalho, isso é moralmente justificável, elas estão fazendo para sobreviver para conseguirem manter uma família — todas elas mantêm não apenas os filhos que quase todas têm, mas as famílias — pai, mãe muitos deles fingem que não sabem que elas são prostitutas. Então elas fazem essa diferenciação: elas tratam as mulheres que têm sexo sem receber dinheiro como piranha, vagabunda, puta. Elas se sentem super indignadas da sociedade confundi-las com essas mulheres. Isso é complicado, porque essas mulheres para elas são as imorais, porque tem sexo sem receber dinheiro. E por que isso interessa a nós? É pelo trabalho que a gente está fazendo, porque o prazer é inteiramente vedado, é proibido ter orgasmo. Orgasmo é um acidente de trabalho, é proibido beijar na boca (isso todo mundo sabe após a exibição do filme "Uma Linda mulher") o importante é o dinheiro, elas não estão se divertindo. Isso tem conseqüência no trabalho que estamos tentando desenvolver com elas. E, quando entrei nesse universo da prostituição, entrei com a visão de algumas organizações que trabalham com a prostituição em Belo Horizonte que a consideram uma escravidão. Mas no meio do projeto nós começamos a ter contado direto com as prostitutas, entrevistando, chamando-as para virem participar da equipe e foi só em março de 1994, quando finalmente nós nos encontramos com prostitutas mesmo e conversamos com elas é que a gente pôde descobrir esse lado do trabalho, esse lado de mulheres fortes que estão sobrevivendo, que estão fazendo um trabalho. Foi a partir daí que começamos a enfocar o trabalho como central para o que a gente vai tentar fazer para conseguir construir com elas esse Centro de Referência.

Vou brevemente falar na metodologia que estamos usando. Nós estamos nos apoiando num psicanalista francês que se chama Christophe Dejour. Ele está desenvolvendo um campo novo de estudo que se chama psicopatologia do trabalho em que ele enfoca a organização do trabalho e não apenas as condições de trabalho. Quando eventualmente a profissão é enfocada enquanto trabalho, sempre se olha as condições de trabalho o quarto que é sujo principalmente nas condições das prostitutas pobres barata para todo lado e a falta de segurança que é um problema muito sério. Elas têm algumas clientes pirados, eles entram com cordas (recentemente, em Belo Horizonte mataram uma prostituta e elas não têm como se defender. Às vezes tem alarme, mas o gerente não atende. Então, a questão da segurança pelo fato delas terem sexo com homens inteiramente desconhecidos é uma questão importante para elas. Tudo isso faz parte das condições de trabalho que afetam o corpo, mas também o psíquico, de que trata a psicopatologia do trabalho, que enfoca a organização do trabalho. O que é a organização do trabalho? Ela diz respeito às relações que se dão no trabalho, principalmente as relações entre patrão e empregado, dizem respeito à divisão do trabalho, às responsabilidades do trabalho e uma série de outras coisas que dizem respeito ao lado psicológico. A psicopatologia do trabalho é um conceito

super importante. Para a psicopatologia do trabalho o conceito de alienação, tanto no sentido marxista, que é o sujeito tolerar uma organização do trabalho que é danosa, é prejudicial à própria saúde, é contrária ao desejo, quanto no sentido psiquiátrico que é você substituir o sujeito pelo objeto, o trabalhador é apenas um objeto e não é sujeito, a palavra dele não conta na organização do trabalho. Então o objeto da psicologia do trabalho é entender a passagem de um mundo livre, onde o comportamento é livre, para um comportamento estereotipado e alienado. O comportamento — que livre, a gente entende juntamente com o Dejour como um comportamento que permite você transformar a realidade junto com seu desejo, com o que você acredita é a questão principal nessa metodologia. Depois eu vou falar um pouquinho como que a gente vai trabalhar essa metodologia. É o processo que vai anulando esse comportamento livre, que se torna um comportamento estereotipado, que está muito na fala do trabalhador alienado e que a gente está descobrindo na fala da prostituta também. O processo que transforma esse comportamento, que foi livre no comportamento estereotipado, é um processo defensivo, ele é mudo e invisível, e nós vamos ter que conseguir entender esse processo através da interpretação, não interpretação psicanalítica, usando a transferência, mas tentando analisar como aparece a organização do trabalho na fala das prostitutas. Nós vamos tentar entender o que nessa organização do trabalho delas está impedindo que elas tenham uma relação mais satisfatória com o trabalho. E uma coisa super importante nesse processo de interpretação que a diferencia também da psicanálise, embora ele seja inspirado na psicanálise, é que essa interpretação é uma interpretação de uma defesa que é coletivamente elaborada.

Em termos práticos, estamos fazendo esse trabalho com a nossa equipe de técnicos, de acadêmicos e mais a prostituta que esta trabalhando conosco e ela está recrutando mais três prostitutas que vão constituir o que a gente chama de coletivo de trabalho, onde a gente vai sentar, discutir e conversar com elas sobre o que está acontecendo, sobre essas questões relacionadas à organização do trabalho, interpretar essas questões e tentar entender esses sofrimentos e os prazeres. Como eu disse para vocês, o prazer é vedado do trabalho da prostituta pelo menos assim ela nos diz, isso aparece no discurso e é justamente por isso que nós vamos ter que trabalhar uma organização do trabalho que por definição tem que ser desprazerosa. Eu só vou falar brevemente de acordo com o Dejour, como essas defesas são feitas em termos coletivos e ela impede os indivíduos, enquanto sujeitos de relacionarem com as defesas. O que é defesa em psicologia? Em geral nós todos criamos defesas. Para lidar com o medo, com a ansiedade. De acordo com o Dejour, e eu concordo muito com ele, toda profissão envolve medo, porque o medo está ligado ao risco, e toda a profissão tem um risco, então toda a categoria profissional desenvolve defesas contra esse medo de forma coletiva. No caso das prostitutas, um exemplo de defesa que a gente



está começando a detectar é o medo de pegar AIDS, de se tornar HIV positivo. Aliás, ironicamente (isso é um dado que eu esqueci de falar em relação à AIDS) a população de mulheres com o vírus HIV está aumentando geometricamente e ironicamente não apenas as prostitutas estão se tornando HIV positivo, mas as mulheres casadas, as boas para casar estão também, em conseqüência dessa divisão que a sociedade faz de nós mulheres. Então o medo das prostitutas é o de pegar AIDS. E a defesa que nós estamos vendo que elas elaboram coletivamente é a defesa relacionada à medida preventiva, que no caso de AIDS é usar camisinha, então grande parte do tempo elas não falam tanto do medo da AIDS, quer dizer parece que a AIDS não vai pegar em nenhuma delas, algumas até falam que não acreditam em AIDS, como se AIDS fosse uma mentira. O medo aparece na defesa que torna esse medo invisível, então elas passam horas falando sobre a questão da camisinha, porque tem óleo, tem lubrificante que dá alergia, vai esbarrar o útero, pensa bem eu vou usar trinta camisinhas numa noite, (algumas delas fazem vinte, vinte e cinco programas por noite). Então ficam girando em torno do uso ou não da camisinha, não se fala no medo, então nós vamos ter que lidar com isso. É um processo longo, mas eu só queria dar isso como exemplo, de se tratar a prostituição como trabalho, eu acho que é uma forma de conseguir alguma coisa. A gente já está conseguindo alguma coisa. Eu vou ficar por aqui, depois a gente pode discutir um pouco mais a questão.

---

**Notas**

[1] Transcrição da palestra proferida no Seminário Internacional Feminino e Masculino - Igualdade e Diferença na Justiça (1995, em Porto Alegre).

# Violência sexual e sistema penal

## PROTEÇÃO OU DUPLICAÇÃO DA VITIMAÇÃO FEMININA?

Vera Regina Pereira de Andrade

*Doutora em Direito e professora na graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFSC. Membro de diversas associações de caráter científico, como a Research Committee for the Sociology of law e autora de diversos livros entre os quais "Dogmática Jurídica" e artigos publicados em revistas nacionais e internacionais*

A bordo, neste texto, uma forma de violência[1] específica que é a violência sexual contra a mulher e como ela é construída ou decodificada pelo sistema da justiça penal ou sistema penal (Lei-Polícia-Justiça-sistema penitenciário), focalizando especialmente o estupro por ser o exemplo paradigmático desta violência. Trato, pois, do problema da vitimação sexual feminina e, mais especificamente, das complexas relações e difícil aliança das mulheres com o sistema penal; das dificuldades de compatibilizar as demandas das mulheres com a lógica do sistema penal.

Importa, por conseguinte, situar o lugar da fala[2], a justificativa e importância da abordagem enunciada, o argumento que, no marco desta abordagem priorizo sustentar, e o instrumental teórico e empírico no qual me apoio para fazê-lo. Pode-se constatar que o movimento feminista se debate, de longa data, em torno de duas vias mestras e um dilema básico: devemos buscar a igualdade ou devemos marcar, precisamente, a diferença em relação ao "masculino"? Seja como for, tanto na busca da igualdade ou da diferença, ambas ancoradas na luta pela emancipação feminina, o movimento não fala uma só voz tendo se mostrado dividido, em diversos lugares do mundo, na sua opção em recorrer ou não ao sistema penal para proteger as mulheres[3]. Grosso modo, em torno dos anos 60 o movimento de mulheres concorre com o movimento da chamada Criminologia crítica para a tendência à minimização do sis-

tema penal e especialmente para a descriminalização das ofensas contra a moral sexual como o adultério, a sedução, a casa de prostituição, etc., considerando o sistema penal como expressão da sociedade de classes existente.Mas uma convergência de fatores foi contribuindo, entre os anos 70 e 80 , para que durante o processo de liberação sexual se demarcasse no interior do movimento uma nova atitude e direção. Um deles, muito importante, foi a aparição de instituições feministas de apoio. Pois a criação de Centros de acolhida para mulheres maltratadas ( criadas na Holanda em 1974) e de Delegacias de Mulheres (criadas no Brasil em 1984)para receber queixas específicas de violência de gênero foi demonstrando que os maus-tratos e a violência sexual contra as mulheres ( assédios, estupros e abusos em geral) ocorriam muito mais freqüentemente do que se pensava. (BEIJERSE, KOOL, 1994:142)

E tais denúncias, ao ir revelando uma enorme margem da vitimação sexual feminina que permanecia oculta (incluindo a dos maridos, pais, padrastos, chefes etc)conduziram a uma demanda pelo que denomino publicização-penalização do privado.

Explico-me. Isto significa que determinados problemas até pouco definidos como privados, como a violência sexual no lar (doméstica)e no trabalho se converteram, mediante campanhas mobilizadas pelas mulheres, em problemas públicos e alguns deles se converteram e estão se convertendo em problemas penais (crimes), mediante forte demanda (neo)criminalizadora.

A exemplo, a reforma penal espanhola de 1989 pretendeu responder algumas das pretensões das mulheres neste sentido, incluindo como novidades, no Código Penal, os crimes de "violência doméstica" (art. 425) e "inadimplemento de pensões" pelo ex-marido ( art. 487). Pretendeu também a neutralização sexista de crimes tipicamente de gênero, como o estupro[4] (substituindo a antiga redação "el que vaciera con una mujer" pela atual formulação neutra "comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona...", que possibilita que a mulher seja autora e o homem vítima do crime. A reforma penal canadense seguiu na mesma direção. (LARRAURI, 1994a, p.12 e 1994b, p.95-6)

E a justificativa para esta (neo)criminalização, sob o signo da qual se realizaram, na década de 80, tais reformas penais, é a chamada "função simbólica" do Direito Penal. Os movimentos que a sustentam arguem não estar especialmente interessados no castigo, mas , fundamentalmente, na utilização simbólica do Direito Penal como meio declaratório de que os referidos problemas são tão importantes quanto os dos homens e pública ou socialmente intoleráveis. Ou seja, o que se busca com a criminalização destas condutas é, em primeiro lugar, a discussão e conscientização públicas cerca do caráter nocivo delas e, a seguir,a mudança da percepção pública a respeito. Nesta esteira, o marido que não paga a pensão alimentícia para sua ex-mulher ou o chefe que assedia sexualmente a empregada passam a



ser vistos como criminosos. Concorda-se ainda, no universo desta argumentação feminista, que é possível encontrar outros meios declaratórios mas, seguem argüindo, não se compreende porquê precisamente as mulheres tem que renunciar ao meio declaratório por excelência — o Direito Penal. E enquanto exista é uma arena adicional onde elas devem enfrentar a batalha exigindo reconhecimento e proteção do mesmo e forçando-o a adotar um tratamento não discriminatório nem desvalorizador da mulher.

Desta forma, o movimento feminista (europeu e norte-americano) foi quem mais elaborou a necessidade de utilizar o Direito Penal de forma simbólica, a função mais citada na década de oitenta , significando que o Direito Penal deveria cumprir a função positiva de plasmar os valores da nova moral feminista (LARRAURI, 1991, p. 219).

Particularmente no Brasil contemporâneo e por ocasião da atual reforma da parte especial do Código Penal brasileiro de 1940 em curso, assistimos a um processo de dupla via: ao mesmo tempo em que se discute a descriminalização e despenalização de condutas tipificadas como crimes (adultério, sedução por inexperiência, casa de prostituição, aborto, etc.) se discute a criminalização de condutas até então não criminalizadas (como violência doméstica e assédio sexual) agravamento de penas (como no caso de assassinato de mulheres) e, enfim, a redefinição de crimes sexuais como o estupro, objetivando a sua neutralização sexista. E segmentos muito representativos do movimento feminista no Brasil e da população em geral tem apoiado esta dupla via , em especial a criminalização do assédio sexual, apontando tal como um progresso ou avanço do movimento feminista.[5]

Mas no Brasil,quando a mesma reforma se realiza uma década após e em outra conjuntura, a justificativa neocriminalizadora parece recair, diferentemente das reformas espanholas e canadense, p. ex.,na função retribucionista: trata-se de punir ou castigar os homens. De qualquer modo, acredita-se também obter, como efeito, uma mudança de consciência e atitude masculinas relativamente à violência contra a mulher.

Permanece portanto difusa a resposta sobre o sentido da proteção penal (o que buscam as mulheres com a criminalizacão de condutas como o assédio sexual? O que esperam do sistema penal?) e, particularmente, sob que justificativa convivem a tendência para a minimização e desregulação penal e a tendência para a expansão e neoregulação penal associadas à neutralização de delitos de gênero? Em função de que lógica se descriminaliza o adultério e se criminaliza o assédio, por exemplo?

Mas há também segmentos do movimento feminista que, como já referi, sustentam a necessidade de questionar o recurso ao sistema Penal assim como a importância de buscar meios alternativos mais sintonizados com os objetivos feministas dos quais o sistema penal está bastante alheio.

Subscrevendo esta segunda postura, o argumento fundamental que pretendo sustentar aqui é, pois, o seguinte. O sistema da justiça penal salvo situações contingentes e excepcionais, não apenas é um meio ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência sexual como também duplica( respondendo ao interrogante formulado no título) a violência exercida contra ela e divide as mulheres , sendo uma estratégia excludente que afeta a própria unidade do movimento. Conseqüentemente, nenhuma das referidas vias da construção da igualdade e da diferença feminina podem buscar-se através do sistema penal. O que importa salientar, nesta perspectiva, é que redimensionar um problema e (re)construí-lo como problema social não significa que o melhor meio de responder a ele ou solucioná-lo seja convertê-lo, quase que automaticamente, em um problema penal (crime). Ao contrário, a conversão de um problema privado em problema social e deste em problema penal (como o assédio sexual) é uma trajetória de alto risco pois, regra geral, eqüivale a duplicá-lo; ou seja, submetê-lo a um processo que desencadeia mais violência e problemas do que aqueles que se propõe a resolver. Pois o sistema penal também transforma os problemas com que se defronta.

E isto porque se trata de um (sub)sistema de controle social seletivo e desigual (de homens e mulheres) e porque é, ele próprio, um sistema de violência institucional que exerce seu poder e seu impacto também sobre as vítimas.[6] E, ao incidir sobre a vítima mulher a sua complexa fenomenologia de controle social — a culminação de um processo de controle que certamente inicia na família — o sistema penal duplica ao invés de proteger a vitimação feminina.

Pois além da violência sexual representada por diversas condutas masculinas(estupro, assédio) a mulher torna-se vítima da violência institucional (plurifacetada) do sistema penal que expressa e reproduz a violência estrutural das relações sociais capitalistas (a desigualdade de classe) e patriarcais (a desigualdade de gêneros) de nossas sociedades e os estereótipos que elas criam e se recriam no sistema penal e são especialmente visíveis no campo da moral sexual dominante. Conseqüentemente, a criminalização de novas condutas sexuais, só ilusoriamente representa um avanço do movimento feminista no Brasil ou que se esteja defendendo melhor os interesses da mulher ou a construção de sua cidadania.

Considerando, por outro lado, que nos limites deste texto não é possível desenvolver este argumento numa perspectiva diacrônica nem (por isso mesmo) fundamentá-lo consistente e definitivamente, resta-me desenvolvê-lo numa perspectiva sincrônica, pontualizando algumas teses que, acumuladas pelo conhecimento criminológico e historiográfico sobre o moderno sistema penal[7] podem ser considerados irreversíveis e alguns resultados, também já acumulados, da experiência histórica e comparada do movimento feminista no campo político-criminal e da reforma penal.



Para fundamentar, nestes termos, o argumento enunciado, abordaremos na seqüência três pontos fundamentais: 1) o funcionamento genérico do sistema penal nas sociedades capitalistas; 2) e, em especial, relativamente aos crimes sexuais tomando o estupro como exemplo paradigmático bem como 3) a avaliação que vem sendo feita sobre os resultados das referidas reformas no campo da moral sexual.

**Construção e promessas do moderno sistema penal: as grandes linhas de auto-legitimação oficial.**

Fundamental, pois, iniciar revisitando quais são as promessas básicas do moderno sistema penal, os seus déficit de realização e a sua crise de legitimidade.

Podemos identificar duas grandes linhas de "auto-legitimação" do moderno sistema penal, porque construídas pelo próprio saber penal oficial[8] ao longo da construção deste sistema nos séculos XVIII e XIX: a tradicional legitimação pela legalidade e a legitimação pela utilidade.

Pela via da legalidade (centrada no subsistema da "Justiça") o sistema penal se apresenta à sociedade como um exercício racionalmente programado do poder punitivo prometendo se exercer nos estritos limites da Legalidade, da culpabilidade, humanidade e, especialmente, da igualdade jurídica; ou seja, dos princípios do Estado de Direito e do Direito Penal e Processual Penal liberais construídos desde o Iluminismo para a garantia dos acusados.

Mas, uma vez que a racionalidade do Direito moderno não se fundamenta unicamente sobre seus caracteres formais, mas requer sobretudo a instrumentalidade do conteúdo com respeito a fins socialmente úteis (BARATTA, 1986, p.82) a legalidade, representando um limite negativo e formal do poder de punir, não esgota seu discurso legitimador. Por isto mesmo o saber oficial, além de atribuir ao Direito Penal a função de "proteção de bens jurídicos" universais, que interessam igualmente a todos os cidadãos, trata de atribuir também à pena funções socialmente úteis, consubstanciadas na dupla finalidade de retribuição (equivalente) e de prevenção (geral e especial) do crime.

O sistema penal, constituído pelos aparelhos policial, judicial e prisional aparece como um sistema operacionalizado nos limites da lei, que protege bens jurídicos gerais e combate a criminalidade (o "mau") em defesa da sociedade (o "bem") através da prevenção geral (intimidação dos infratores potenciais pela ameaça da pena cominada em abstrato na lei penal) e especial (ressocialização dos condenados pela execução penal) garantindo também a aplicação igualitária da lei penal aos infratores.

Através deste duplo eixo vimos constituir-se, pois, uma ideologia extremamente sedutora (liberal e da defesa social) e com um fortíssimo apelo legitimador através da qual o sistema penal promete, em suma, que o paraíso passa

pela sua mediação. E em nome destas promessas toda uma engenharia jurídica e institucional de alto, altíssimo custo social se ergueu e um arsenal de técnicos vieram substituir o carrasco oficial do "Antigo Regime". (FOCAULT, 1987)

Por isto mesmo esta ideologia legitimadora se mantém constante até nossos dias e consubstancia o que (BARATTA, 1978, p.9-10) denomina o "mito do Direito Penal igualitário" que se expressa, então, em duas proposições:

a) O Direito Penal protege igualmente a todos os cidadãos das ofensas aos bens essenciais, em relação aos quais todos os cidadãos tem igual interesse;

b) A lei penal é igual para todos, isto é, os autores de comportamentos anti-sociais e os violadores de normas penalmente sancionadas tem "chances" de converter-se em sujeitos do processo de criminalização, com as mesmas conseqüências.

**Desconstrução do moderno sistema penal: da crise de legitimidade à eficácia instrumental inversa à prometida.**

Ao demonstrar, sobre bases teórica e empiricamente fundamentadas, a estrutura, operacionalidade e funções do sistema penal na modernidade capitalista, as Ciências Sociais contemporâneas tem promovido uma verdadeira radiografia interna mostrando que há não apenas um profundo déficit histórico de cumprimento das promessas oficialmente declaradas pelo seu discurso oficial (do qual resulta sua grave crise de legitimidade) como o cumprimento de funções inversas às declaradas. As Ciências Sociais contemporâneas evidenciam que há, para além das intervenções contingentes, uma lógica estrutural de operacionalização do sistema penal, comum às sociedades capitalistas centrais e periféricas[9], que não apenas viola os princípios constitucionais do Estado de Direito e do Direito Penal e Processual Penal liberais e os fins atribuídos ao Direito Penal e à pena mas é, num plano mais profundo, oposta a ambas. O sistema penal cumpre funções latentes opostas às declaradas. Razão pela qual afirmei em outro lugar (ANDRADE,1994) que o sistema penal caracteriza-se por uma eficácia instrumental inversa à prometida à qual uma eficácia simbólica (legitimadora) confere sustentação.

Destaquemos, neste sentido, três incapacidades (déficit) e inversões fundamentais do sistema penal que chamaremos de garantidora, preventiva e resolutória.

A incapacidade/inversão garantidora significa que comparando-se a programação normativa do sistema penal, isto é, como deveria ser, de acordo com os referidos princípios garantidores, com seu real funcionamento, pode-se concluir que o sistema penal não apenas viola mas está estruturalmente preparado para violar a todos os princípios (ZAFFARONI, 1991, p. 237 e 1989, p. 439) e que, regra geral, é um sistema de "violação" ao invés de "proteção" de direitos (BARATTA, 1993)[10]. Relativamente ao princípio da igualdade jurídica, esta



violação se manifesta pela seletividade[11], que constitui sua lógica estrutural de operacionalização. E, por isso mesmo, o sistema penal não protege de forma universal mas seletiva os bens jurídicos declarados. Logo, há uma contradição estrutural entre a lógica do sistema penal e a lógica dos Direitos humanos como lógica tendente a uma igualdade progressiva e na qual uma das facetas do movimento feminista se insere, pois, "enquanto os direitos humanos assinalam um programa realizador de igualdade de direitos de longo alcance, os sistemas penais são instrumentos de consagração ou cristalização da desigualdade de direitos em todas as sociedades[12]" (ZAFFARONI, 1991, p.149).

A incapacidade/inversão preventiva consiste, a sua vez, em que as funções reais da pena e do sistema penal não apenas tem descumprido mas sido opostas às funções instrumentais e socialmente úteis declaradas pelo discurso oficial. A pretensão de que a pena possa cumprir uma função instrumental de efetivo controle (e redução) da criminalidade e de defesa social na qual se baseiam as teorias da pena, deve, através de pesquisas empíricas nas quais a reincidência é uma constante, considerar-se como promessas falsificadas ou, na melhor das hipóteses, não verificadas nem verificáveis empiricamente. (BARATTA, 1991b, p.49 e 1993, p.51)

Em geral está demonstrado, neste sentido, que a intervenção penal estigmatizante (como a prisão), ao invés de reduzir a criminalidade ressocializando o condenado produz efeitos contrários a uma tal ressocialização, isto é, a consolidação de verdadeiras carreiras criminosas cunhadas pelo conceito de "desvio secundário". A pena não previne nem a prisão ressocializa. O cárcere ao invés de um método ressocializador é um fator criminógeno e de reincidência. (BARATTA, 1993, p. 50-1; ZAFFARONI, 1987, p.38; HULSMAN, 1993, p.72)

Num sentido mais profundo, contudo, a crítica indica que a prisão não pode "reduzir" precisamente porque sua função real é "fabricar" a criminalidade e condicionar a reincidência. Daí se explica o fracasso das permanentes reformas ressocializadoras. As funções reais da prisão aparecem, assim, em uma dupla reprodução: reprodução da criminalidade (recortando formas de criminalidade das classes dominadas e excluindo a criminalidade das classes dominantes) e reprodução das relações sociais de dominação. (FOUCALT, 1987; CIRINO DOS SANTOS, 1981, p.56)

A função latente e real do sistema não é, portanto, combater e eliminar a criminalidade mas, ao revés, geri-la ou controlá-la seletivamente. Trata-se de um sistema de gerência diferencial (FOUCAULT, 1987, p.82 e 196) ou controle seletivo da criminalidade. (Criminologia da reação social e crítica). Neste sentido não reage contra uma criminalidade que existe ontologicamente na sociedade independentemente da sua intervenção. Mas é um elemento constitutivo da própria construção social da criminalidade mediante a definição legal das condutas criminosas pelo Legislativo (criminalização primária), a seleção dos crimino-

sos pela Polícia e a Justiça (criminalização secundária) e a estigmatização pela execução penal.

A incapacidade/inversão resolutória do sistema penal remete, enfim, para o lugar da vítima no sistema penal. É que desde os séculos XII e XIII a vítima foi excluída como sujeito atuante do processo penal e substituída por um representante do soberano ou do Estado, com um prejuízo estrutural e irreversível para ela, eis que excluída da gestão do conflito que lhe interessa diretamente. E seja por esta expropriação estatal do direito da vítima co-participar no processo penal: seja porque a violência institucional é "consubstancial a todo sistema de controle social" (MUÑOZ CONDE, 1985, p.16) ou "intrínseca à ação de controle social" (CIRINO, 1984, p.123) o sistema da justiça penal não pode ser considerado, diferentemente de outras como a justiça civil, como um modelo de "solução de conflitos" gerando, ao revés, mais problemas e conflitos do que aqueles que se propõe a resolver com a agravante dos seus altos custos sociais. (HULSMAN, 1993, p.91; ZAFFARONI, 1989, p.437; 1991, p.197, 203-204 e 212-3 e BARATTA, 1988, p.6659).

**Contribuição fundamental da Criminologia da reação social e crítica: a lógica da seletividade como lógica estrutural de operacionalização do sistema penal e sua relação funcional com dominação classista.**

Detemo-nos, pois, porque fundamental, numa das maiores contribuições da Criminologia da reação social: a revelação da lógica da seletividade como lógica estrutural de operacionalização do sistema penal, a qual representa a fundamentação científica de uma evidência empírica visibilizada pela clientela da prisão: a da "regularidade" a que obedecem a criminalização e o etiquetamento dos estratos sociais mais pobres da sociedade. Evidência, por sua vez, há muito vocalizada pelo senso comum no popular adágio de que "a prisão é para os três pês : o preto, o pobre e a prostituta."

A Criminologia positivista tradicional ofereceu uma justificação etiológica para esta clientela sustentando que a criminalidade é o atributo de uma minoria de indivíduos socialmente perigosos (anormais) que, seja devido a anomalias físicas (bio-psicológicas) ou fatores ambientais e sociais, possuem uma maior tendência a delinqüir. Sendo um sintoma revelador da personalidade mais ou menos perigosa (anti-social) de seu autor, para a qual se deve dirigir uma adequada "defesa social", a criminalidade constitui uma propriedade da pessoa que a distingue por completo dos indivíduos normais. (FERRI, 1931, p.44,45,49 e 80)

As pesquisas sobre a "criminalidade de colarinho branco", as cifras negras da criminalidade[13] e a crítica das estatísticas criminais, sobre as quais se baseia a Criminologia da reação social, conduziram a uma correção fundamental deste conceito corrente de criminalidade e sua distribuição (estatística) nos vários estratos sociais.



A conclusão de que a cifra negra é considerável e de que a criminalidade real é muito maior que a oficialmente registrada permitiu concluir que desde o ponto de vista das definições legais, a criminalidade se manifesta como o comportamento da maioria, antes que de uma minoria perigosa da população e em todos os estratos sociais mas a criminalização é, com regularidade, desigual ou seletivamente distribuída[14].

Esta seletividade do sistema penal (maioria criminal, especialmente das classes altas, regularmente impune — minoria pobre regularmente criminalizada) se deve, fundamentalmente, a duas variáveis estruturais.

Em primeiro lugar, à incapacidade estrutural do sistema penal operacionalizar, através das agências policial e judicial, toda a programação da Lei penal, dada a magnitude da sua abrangência. Pois está integralmente dedicado "a administrar uma reduzidíssima porcentagem das infrações, seguramente inferior a 10%."(BARATTA, 1993, p.49) Por outro lado, se o sistema penal concretizasse o poder criminalizante programado "provocaria uma catástrofe social". Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, todas as contravenções penais etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse criminalizado. E diante da absurda suposição — absolutamente indesejável — de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere em toda sua extensão. (ZAFFARONI, 1991, p.26-7) O que significa que não adianta inflacionar o *input* do sistema, através da criação de novas leis porque há um limite estrutural ao nível do *output*.

Deste ponto de vista a impunidade e não a criminalização é a regra no funcionamento do sistema penal (HULSMAN, 1986, p.127 e 1993, p.65; BARATTA, 1991, p.103 e 1993, p.49; HASSEMER e CONDE, 1989, p.47).

Em segundo lugar, a seletividade do sistema penal se deve à especificidade da infração e das conotações sociais dos autores. Pois impunidade e criminalização são orientados pela seleção desigual de pessoas de acordo com seu *status* social e não pela incriminação igualitária de condutas objetiva e subjetivamente consideradas em relação ao fato-crime, conforme preconiza a Dogmática Penal.

Se a conduta criminal é majoritária e ubíqua e a clientela do sistema penal é composta, "regularmente", em todos os lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais a "minoria criminal" a que se refere a explicação etiológica da Criminologia tradicional (e a ideologia da defesa social conecta a ela) é o resultado de um processo de criminalização altamente seletivo e desigual de "pessoas" dentro da população total, às quais se

qualifica como criminosos. E não, como pretende o discurso dogmático oficial, de uma incriminação igualitária de condutas qualificadas como tais. O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas condutas legalmente definidas como crime e acende suas luzes sobre o seu passado para julgar no futuro o fato-crime presente, priorizando a especulação de "quem" em detrimento do "que". De modo que a gravidade da conduta criminal não é, por si só, condição suficiente deste processo. Pois os grupos poderosos na sociedade possuem a capacidade de impor ao sistema uma quase que total impunidade das próprias condutas criminosas. (ZAFFARONI, 1987, p.22 e 32; BARATTA, 1982, p.35, 1991a, p.172 e 1993, p.49). Enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza as condutas às quais se relacionam com a produção dos mais altos, embora mais difusos danos sociais (delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada, graves desvios dos órgãos estatais) superestima infrações de relativamente menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como delitos contra o patrimônio, especialmente os que tem como autor indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados.(BARATTA, 1991, p.61)

Isto significa, enfim, que impunidade e criminalização ao invés de serem condicionadas pelas variáveis que formalmente vinculam a tomada de decisões (os códigos legais e o instrumental dogmático) dos agentes do controle social formal (Polícia, Ministério Público, Juízes) e que deveriam reenviar à conduta praticada são condicionados por variáveis latentes e não legalmente reconhecidas que reenviam à "pessoa" do autor (e da vítima).

Assim, a regularidade a que obedece a distribuição seletiva da criminalidade, tem sido atribuída às leis de um código social (*second code, basic rules*[15]) latente integrado por mecanismos de seleção dentre os quais tem se destacado a importância central dos "estereótipos"[16] de autores e vítimas além de "teorias de todos os dias" (teorias do senso comum) dos quais são portadores os agentes do controle social formal e informal (a opinião pública) além de processos derivados da estrutura organizacional e comunicativa do sistema penal. E sem dúvida um mecanismo fundamental dessa distribuição desigual da criminalidade são os estereótipos de autores e vítimas que, tecidos por variáveis geralmente associadas aos pobres (baixo *status* social, cor, etc.) torna-os mais vulneráveis à criminalização: é "o mesmo estereótipo epidemiológico do crime que aponta a um delinqüente a celas da prisão e poupa a outro os seus custos."(DIAS e ANDRADE,1984, p.552)

Os conceitos de *second code e basic rules* conectam precisamente a seleção operada pelo controle penal formal com o controle social informal, mostrando como os mecanismos seletivos presentes na sociedade colonizam e condicionam a seletividade decisória dos agentes do sistema penal num processo interativo de poder entre controladores e controlados (público), perante o qual a



assepsia da Dogmática Penal para exorcizá-los, assumem toda extensão do seu artificialismo[17]. Pois, reconduzindo ao controle social global o sistema penal aparece como filtro último e uma fase avançada de um processo de seleção que tem lugar no controle informal (família, escola, mercado de trabalho) mas os mecanismos deste atuam também paralelamente e por dentro do controle penal.

Foi assim que a descoberta deste código social extra-legal conduziu a uma explicação da regularidade da seleção superadora daquela explicação etiológica. A clientela do sistema penal é constituída de pobres (minoria criminal) não porque tenha uma maior tendência a delinqüir mas precisamente porque tem maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinqüentes. As possibilidades (chances) de resultar etiquetado, com as graves consequências que isto implica, se encontram desigualmente distribuídas de acordo com as leis de um "*second code*" constituído especialmente por uma imagem estereotipada e preconceituosa da criminalidade.

Em suma, como conclui SACK, a criminalidade (a etiqueta de criminoso) é um "bem negativo" que a sociedade (controle social) reparte com o mesmo critério de distribuição de outros bens positivos (o *status* social e o papel das pessoas: fama, patrimônio, privilégios, etc.) mas em relação inversa e em prejuízo das classes sociais menos favorecidas. Criminalidade é o exato oposto dos bens positivos (do privilégio). E, como tal, é submetida a mecanismos de distribuição análogos, porém em sentido inverso à distribuição destes.

No marco da Criminologia crítica a descrição da fenomenologia da seletividade pela Criminologia da reação social[18] receberá uma interpretação macrosociológica que, aprofundando a sua lógica, evidencia o seu nexo funcional com a desigualdade social estrutural das sociedades capitalistas e a dominação classista.

Conclui então BARATTA (1978, p.10; 1982, p.42-3 e 1991, p.168) que os resultados da análise teórica e de uma série inumerável de pesquisas empíricas sobre os mecanismos de criminalização tomados em particular e em seu conjunto podem ser condensados em três proposições que constituem a negação radical do "mito do Direito Penal como direito igualitário" que está na base da ideologia da defesa social.

Tais são: a) O Direito Penal não defende todos e somente os bens essenciais nos quais todos os cidadãos estão igualmente interessados e quanto castiga as ofensas aos bens essenciais, o faz com intensidade desigual e de modo parcial ("fragmentário"); b) a Lei Penal não é igual para todos. O *status* de criminal é desigualmente distribuído entre os indivíduos; c) O grau efetivo de tutela e de distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, pois estas não constituem as principais variáveis da reação criminalizadora e de sua intensidade.

Considera assim que "a variável principal da distribuição desigual do

*status* de delinqüente parece indubitavelmente ser, à luz das investigações recentes, a posição ocupada pelo autor potencial na escala social."(BARATTA, 1982, p.43, nota30)

Enfim, o aprofundamento da relação entre Direito/sistema penal e desigualdade conduz, em certo sentido, a inverter os termos em que esta relação aparece na superfície do fenômeno descrito. Não apenas as normas penais se criam e se aplicam seletivamente e o desigual tratamento de situações e de sujeitos iguais, no processo social de definição da "criminalidade", responde a uma lógica de relações assimétricas de distribuição do poder e dos recursos na sociedade (estrutura vertical) mas o Direito e o sistema penal exercem, também, uma função ativa de conservação e reprodução das relações sociais de desigualdade. São, também, uma parte integrante do mecanismo através do qual se opera a legitimação dessas relações, isto é, a produção do consenso real ou artificial.(BARATTA, 1983, p.146,151,157 e 160; 1991, p. 173; 1993, p.49-50)

Pois, "em um nível mais alto de abstração o sistema punitivo se apresenta como um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) do sistema social global; ou seja, das relações de poder e propriedade existentes, mais do que como instrumento de tutela de interesses e direitos particulares dos indivíduos." (BARATTA, 1987, p.625)

Trata-se, em última instância, da recondução do sistema penal a um sistema seletivo classista e de violência institucional como expressão e reprodução da violência estrutural, isto é, da injustiça social.

**Contribuição fundamental do movimento e da Criminologia feminista: a lógica da honestidade como uma sublógica da seletividade acionada acionada para a criminalização sexual e sua relação funcional com a dominação sexista.**

A irrupção do movimento feminista e a entrada em cena de mulheres no mundo de homens criminólogos contribuiu, em primeiro lugar, para ampliar o objeto de estudo da Criminologia crítica. A tese da seletividade não confronta, em sua origem, a desigualdade de gêneros[19] mas a desigualdade de grupos e classes sociais engendradas pelo capitalismo.

E ao excluir a especificidade do gênero "mulher" do seu objeto a Criminologia crítica exclui dele, sustentam as criminólogas feministas, a criminalidade e/ou a criminalização e o controle social da metade da população composta por mulheres. E esta ausência do feminino do campo criminológico tem conseqüências tangíveis, eis que obstaculiza o conhecimento e a compreensão da conduta delitiva e do controle social geral (ANALÍA, 1992, p.30)

Denunciado este androcentrismo[20] a Criminologia feminista introduziu no campo criminológico as categorias de patriarcalismo (ao lado de capitalismo) e relações de gênero (ao lado da luta de classe) e as formas de dominação masculinas (sexistas) sobre a mulher (ao lado da dominação classista). As criminólogas feministas irão sustentar, pois, que a gênese da opressão das mulheres não pode reduzir-se à sociedade capitalista. Pois, se esta oprime à mulher, sua opressão é anterior e distinta, produto da estrutura patriarcal da sociedade. Destacar ambos aspectos é portanto fundamental porque ambas estruturas, capitalista e patriarcal, não operam sempre de modo análogo. (LARRAURI, 1991, p. 194)

Mediante este deslocamento do enfoque classista para o enfoque de gênero questionaram a ideologia da superioridade masculina (LARRAURI, 1994, p.4) investigando a especificidade dos sistemas de controle social informal e formal (Direito Penal) quando aplicados às mulheres, a visão que estes sistemas e seus agentes têm das mulheres e como ao serem aplicados criam e recriam determinados estereótipos referidos aos comportamentos de cada gênero. Daí que a mulher como vítima e uma Vitimologia crítica assuma aqui um lugar central. Como o Direito Penal trata e apresenta a mulher? É o Direito Penal um instrumento essencialmente masculino? A suspeita, vocalizada por McKennon (1983, p. 644) foi precisamente a de que "O Direito vê e trata as mulheres como os homens vêem e tratam as mulheres."

A incorporação da perspectiva de gênero traduziu-se, assim, numa contribuição simultaneamente científica e política. Científica porque contribui com a Criminologia crítica para maximizar a compreensão até então obtida do funcionamento do sistema penal e social. Política porque desvelou que sob o aparente tecnicismo e neutralidade com a qual se formulam e aplicam as normas e os conceitos jurídicos subjaz uma visão dominantemente masculina. (LARRAURI, 1994, p.IX)

Talvez uma das maiores contribuições neste sentido se situe no campo da criminalização sexual e na revelação do que denomino, por sua vez, de uma "lógica da honestidade" como uma "sublógica" acionada pelo sistema penal para a criminalização das condutas sexuais.

Como já mencionei, ao revelar uma enorme margem oculta da violência contra as mulheres, especialmente nas relações de parentesco e autoridade, a criação de Centros e Delegacias de mulheres foi decisiva na sua demanda neocriminalizadora. Mas foi também — acrescento agora — como fonte empírica de novas pesquisas e estudos, especialmente do estupro, (que tomo aqui como referente) que corroboram três teses fundamentais da Criminologia acima enunciadas.

Em primeiro lugar, que os crimes sexuais são condutas majoritárias e ubíquas e não de uma minoria anormal. Em segundo lugar e correlativamente, que a violência sexual não é voltada, prioritariamente, para a satisfação do prazer sexual, o que retira a culpa, insistentemente atribuída à mulher, pela

explícita ou latente provocação de sua prática. E em terceiro lugar, que nos crimes sexuais se julgam as "pessoas" (autor e vítima) envolvidas, antes que o fato-crime cometido, de acordo com estereótipos de estupradores e vítimas.

Relativamente ao estupro, paulatinamente foi se descobrindo que ocorre com freqüência, que cada homem pode ser um estuprador, que cada mulher pode ser a vítima e que a vítima e o ofensor muito freqüentemente se conhecem.(BEIJERSE, KOOL 1994, p.143) O estupro é praticado por estranhos e nas relações de parentesco, profissionais e de amizade em geral (por maridos, chefes, amigos) e não por homens "anormais". Ocorre na rua, no lar e no trabalho, contra crianças, adolescentes, adultas e velhas, tendo sido denunciado contra vítimas desde poucos meses de idade até sexa ou octosagenárias.

Pouco a pouco, pois, "vão surgindo investigações que descrevem o estupro mais como o produto extremo de uma estrutura social 'normal' que como conseqüência de uma personalidade 'anormal' dos violadores. As atitudes gerais que tendem a enfatizar o poder e a dominação do homem sobre a mulher proporcionam a base ideológica e sócio-estrutural da violação e do costume de 'acusar a vítima' que caracteriza este delito. A violação é uma conduta estandarizada e muito comumente planejada e reiterativa. Estas características confirmam sua origem social e contradizem a visão tradicional da violação como impulso biológico irreprimível."(KARLENE, NANETTE, 1994, p.119)

Descobriu-se também que a agressão é um motivo mais importante para o estuprador que a satisfação do prazer sexual, ou que o sexo, como a violência, é só uma forma de intimidar as mulheres. As mulheres começaram a dar-se conta de que o estupro, os maus-tratos, o incesto, a prostituição, o assédio sexual no trabalho, etc..são fenômenos de uma estrutura de poder, a existente entre homens e mulheres. (BEIJERSE, KOOL 1994, p.143).

A pesquisa de KOLODNY, MASTERS e JOHNSON (1982, p.430-431) conclui, neste sentido, que a maioria dos estupros ocorrem dentro de um contexto de violência física em vez de paixão sexual ou como meio para a satisfação sexual. Pois, prosseguem, "constatamos que ou a força ou a ira dominam, e que o estupro, em vez de ser principalmente uma expressão de desejo sexual, constitui, de fato, o uso da sexualidade para expressar questões de poder e ira. O estupro, então, é um ato pseudo-sexual, um padrão de comportamento sexual que se ocupa muito mais com o *status*, agressão, controle e domínio do que com o prazer sexual ou a satisfação sexual. Ele é comportamento sexual a serviços de necessidades não sexuais."

Embora, contudo, já cientificamente desfeita a mitologia que circunda o estupro, continua-se reproduzindo o estereótipo do estuprador como um anormal e, numa preconceituação masculina, continua-se acentuando o encontro sexual e o coito vaginal antes que a violência. Quanto à sua autoria o estupro é, pois, uma conduta majoritária e ubíqua mas desigualmente distribuída, de acor-



do, sobretudo, com estereótipos de estupradores que operam ao nível do controle social formal (Lei, Dogmática, Polícia, Justiça) e informal (opinião pública).[21] É mais fácil etiquetar como estupro a conduta cometida por um estranho na rua, que a realizada pelo chefe ou pelo marido, cuja possibilidade está, em algumas legislações, explicitamente excluída.[22] (STEINER, 1989, p. 18)

O que nos conduz ao terceiro aspecto mencionado, a saber, o de que o sistema penal acende suas luzes, prioritariamente, sobre as pessoas envolvidas: o autor e, especialmente, a vítima mulher e sua reputação sexual, em detrimento da violência do fato-crime.

Por isto mesmo a referência à Vitimologia e à pessoa da vítima relacionadamente à pessoa do autor, que não se dá com a mesma intensidade em todos os processos de criminalização, encontra nos crimes sexuais o lugar por excelência de sua utilização. É o que vimos, explicitamente declarado, na Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro de 1940, ao justificar a expressão "comportamento da vítima" introduzida no artigo 59 do Código Penal Brasileiro pela reforma penal de 1984: "Fez-se referência expressa ao comportamento da vítima erigida, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes."

Mas diversos estudos demonstram, também, que se qualquer mulher pode ser vítima da violência sexual, a distribuição desta vitimação pelo sistema penal é seletiva; que a vitimação, assim como a criminalidade, também é uma possibilidade majoritária mas desigualmente distribuída de acordo com estereótipos de vítimas. Pois, com efeito, "a intervenção estereotipada do sistema penal age tanto sobre a 'vítima', como sobre o 'delinqüente'. Todos são tratados da mesma maneira."(HULSMAN, 1993, p.83)

Há, assim, uma lógica específica acionada para a criminalização das condutas sexuais — a que denomino "lógica da honestidade" — que pode ser vista como uma sublógica da seletividade na medida em que consiste não apenas na seleção estereotipada de autores mas também na seleção estereotipada das vítimas, relacionalmente. E esta é assentada, nuclearmente, na reputação sexual.

De modo que o referencial para a distribuição da vitimação sexual feminina é a moral sexual dominante simbolizada no conceito de "mulher honesta", só aparentemente vago.[23] Trata-se, pois, da vitimação seletiva das mulheres obedecendo à proteção seletiva do bem jurídico moral sexual: só a moral das "mulheres honestas", maiores ou menores de idade, é protegida.

Seletividade que não se reduz, por outro lado, à criminalização secundária. Pois pode ser empiricamente comprovada ao longo do processo de criminalização desde a criminalização primária (definições legais dos tipos penais ou discurso da Lei) até os diferentes níveis da criminalização secundária (inquérito

policial, processo penal ou discurso das sentenças e acórdãos) e a mediação do discurso dogmático entre ambas.

Assim no título "Dos crimes contra os costumes" do Código Penal brasileiro, diversos tipos penais requerem que a vítima seja "mulher honesta", como posse sexual mediante fraude (art. 214) atentado ao pudor mediante fraude (art. 215) sedução (art. 216) rapto consensual (art. 220) pré-selecionando a vitimação, já que estão excluídas, a *priori*, as mulheres desonestas e, em especial, as prostitutas.

E muito embora a definição legal do estupro (art. 213) prescinda desta exigência a lógica da honestidade é tão sedimentada que "os julgamentos de estupro, na prática, operam, sub-repticiamente, uma separação entre mulheres 'honestas' e mulheres 'não honestas'. Somente as primeiras podem ser consideradas vítimas de estupro, apesar do texto legal."(ARDAILLON, DEBERT, 1987, p.35)

Desta forma, o julgamento de um crime sexual - inclusive e especialmente o estupro - não é uma arena onde se procede ao reconhecimento de uma violência e violação contra a liberdade sexual feminina nem tampouco onde se julga um homem pelo seu ato. Trata-se de uma arena onde se julgam simultaneamente, confrontados numa fortíssima correlação de forças, a pessoa do autor e da vítima: o seu comportamento, a sua vida pregressa. E onde está em jogo, para a mulher, a sua inteira "reputação sexual" que é — ao lado do *status familiar* — uma variável tão decisiva para o reconhecimento da vitimação sexual feminina quanto a variável *status social* o é para a criminalização masculina.[24]

O que ocorre, pois, é que no campo da moral sexual o sistema penal promove, talvez mais do que em qualquer outro, uma inversão de papéis e do ônus da prova. A vítima que acessa o sistema requerendo o julgamento de uma conduta definida como crime — a ação, regra geral é de iniciativa privada — acaba por ver-se ela própria "julgada" (pela visão masculina da lei, da polícia e da Justiça) incumbindo-lhe provar que é uma vítima real e não simulada.

Tem sido reiteradamente posto de relevo como as demandas femininas são submetidas a um intensa "hermenêutica da suspeita"[25], do constrangimento e da humilhação ao longo do inquérito policial e do processo penal que vasculha a moralidade da vítima (para ver se é ou não uma vítima apropriada), sua resistência (para ver se é ou não uma vítima inocente), reticente a condenar somente pelo exclusivo testemunho da mulher (dúvidas acerca da sua credibilidade)[26].

Em suma, as mulheres estereotipadas como "desonestas" do ponto de vista da moral sexual, em especial as prostitutas, não apenas não são consideradas vítimas, mas podem ser convertidas, com o auxílio das teses vitimológicas mais conservadoras, de vítima em acusadas ou rés num nível crescente de argumentação que inclui ela ter "consentido", "gostado" ou "tido prazer", "provocado", forjado o estupro ou "estuprado" o pretenso estuprador. Especialmente se o autor não corresponder ao estereótipo de estuprador. Pois, corresponde-lo, é condição fundamental para a condenação.[27]



Nesta perspectiva, o *second code* policial e judicial não difere, uma vez mais, do senso comum social. O sistema penal distribui a vitimação sexual feminina com o mesmo critério que a sociedade distribui a honra e a reputação feminina: a conduta sexual (LARRAURI, 1994b, p.102)

E isto significa que "a vida sexual da mulher joga um papel fundamental na forma de ser enjuizada e considerada tanto na vida cotidiana como pelos Tribunais de Justiça e instituições cuja atribuição é propiciar uma correta aplicação da lei."(LEES,1994, p.17)[28]

Num plano mais profundo, pois, chega-se a uma importante conclusão sobre o objeto jurídico protegido através da sublógica da honestidade.

A proteção é da moral sexual dominante e não da liberdade sexual feminina que, por isso mesmo, é pervertida ( a mulher que diz "não quer dizer talvez; a que diz talvez quer dizer "sim"...). Pois o sistema penal é ineficaz para proteger o livre exercício da sexualidade feminina e o domínio do próprio corpo. Se assim o fosse , todas as vítimas seriam consideradas iguais perante a lei e o assento seria antes no fato crime e na violência do que na conjunção carnal. Não é à toa que ocorra o inverso. A sexualidade feminina referida ao coito vaginal diz respeito à reprodução. E a função reprodutora (dentro do casamento) se encontra protegida sob a forma da sexualidade honesta. De modo que protegendo-a, mediante a proteção seletiva da mulher honesta, (que é a mulher comprometida com o casamento, a constituição da família e a reprodução legítima) se protege, latentemente, a unidade familiar e, indiretamente, a unidade sucessória (o direito de família e sucessões) que, em última instância, mantém a unidade da classe burguesa no capitalismo.

**Contribuição da experiência Político-criminal e reformista acumulada na luta feminista contra a violência**

Finalmente, estudos realizados depois da introdução de reformas na legislação relativa aos crimes sexuais mostram efeitos bastante desalentadores para a mulher.

As reformas introduzidas no sentido de neutralizar o crime de estupro, enfatizando a "violência" revelam-se de discutível avanço desde o ponto de vista feminista. A respeito assinala LOS (1990 e 1992, p.20) em sua avaliação sobre a reforma canadense neste sentido que a mesma foi vista como um atentado por muitas feministas, já que o Direito Penal, ao seguir a lógica jurídica da igualdade e partir de um gênero neutro, produziu uma dupla descontextualização.

Ao emitir a mensagem de que "qualquer" um pode realizar o estupro

obscurece que é um crime caracteristicamente praticado pelos homens contra as mulheres (de um gênero contra o outro) e um atentado à sua sexualidade, próprio de uma sociedade na qual existe hierarquia de gêneros. E que alguma responsabilidade das estruturas sociais existirá para explicar o fato "paradoxal" de que mulheres não estupram e que a violência sexual, o assédio, o medo, formam parte do controle cotidiano ao qual "elas" se vêem submetidas. Adicionalmente, o gênero neutro oculta que o que é ou não estupro segue-se construindo desde um ponto de vista masculino. Pois sua definição implica a "penetração do órgão masculino" excluída qualquer outra relação sexual e só quando há uma vagina se entende cometido o crime.

Também o efeito simbólico das mudanças legais aparece questionável. De acordo ainda com LOS, a reforma não tem tido demasiada publicidade, razão pela qual se este era um meio de elevar consciências, estas permaneceram praticamente inalteradas. Em segundo lugar, tem sido tratada como uma questão altamente emocional, pelo que a reação dos homens têm se fortalecido, apresentando-se como falsos acusados por mulheres histéricas e desejosas. Ademais a intervenção do Direito Penal tem reafirmado a visão de que o estupro é um comportamento individual excepcional, devido a personalidades "enfermas", ignorando a violência sexual comum nas personalidades "normais". Finalmente tem produzido uma sensação de vitória, com a conseqüente desmobilização dos grupos feministas.

**Pontualizando o argumento: da eficácia invertida do sistema penal à duplicação da vitimação feminina**

Diante do exposto, a crítica ao sistema penal admite dois níveis.

Num sentido fraco, o sistema penal é ineficaz para proteger as mulheres contra a violência porque, entre outros argumentos, não previne novas violências, não escuta os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da própria violência sexual e gestão do conflito ou muito menos para a transformação das relações de gênero. Nesta crítica se sintetizam o que denomino de incapacidades preventiva e resolutória do sistema penal. Incapacidade de prevenção da violência sexual da qual o estupro, sendo o exemplo mais paradigmático, representa uma crise de grandes proporções. E incapacidade resolutória porque embora o sistema penal confira à vítima, via de regra, nos crimes sexuais, a titularidade da ação penal ( art. 225 do Código Penal Brasileiro), todo o processo expropria dela o direito do co-participar na gestão do conflito. E, portanto, de compreendê-lo ou resolvê-lo.

Num sentido forte, o sistema penal duplica a vitimação feminina porque além de vitimadas pela violência sexual as mulheres o são pela violência institucional que reproduz a violência estrutural das relações sociais patriarcais e de opressão sexista, sendo submetidas a julgamento e divididas. A passagem da vítima mulher ao longo do controle social formal acionado pelo sistema penal



implica, nesta perspectiva, vivenciar toda uma cultura da discriminação,

da humilhação e da estereotipia. Pois, e este aspecto é fundamental, não há uma ruptura entre relações familiares (Pai, padastro, marido), trabalhistas ou profissionais (chefe) e relações sociais em geral (vizinhos, amigos, estranhos, processos de comunicação social) que violentam e discriminam a mulher e o sistema penal que a protege contra este domínio e opressão, mas um *continuum* e uma interação entre o controle social informal exercido pelos primeiros e o controle formal exercido pelo segundo. Num sentido forte, pois, o sistema penal expressa e reproduz, do ponto de vista da moral sexual, a grande linha divisória e discriminatória entre as mulheres tidas por honestas (cidadãs de primeira categoria) que merecem respeito e proteção social e jurídica e as outras (cidadãs de segunda categoria) que a sociedade abandona na medida em que se afastam dos padrões de comportamentos estritos que o patriarcalismo impõe à mulher.De modo que só as primeiras poderão obter do sistema penal o reconhecimento de sua capacidade de vitimização.

O sistema penal não pode, pois, ser um referencial de coesão e unidade para as mulheres porque atua, ao contrário, como um fator de dispersão e uma estratégia seletiva na medida em que as divide, recriando as desigualdades e preconceitos sociais. E não pode ser um aliado no fortalecimento da autonomia feminina porque prioriza o fortalecimento da unidade familiar e sucessória segundo o modelo da família patriacal, monogâmica, heterossexual, destinada à procriação legítima, etc; modelo este regulamentado em minúcias pelo Código Civil brasileiro, ainda que hoje passando por profundas transformações. Em definitivo, pois, ao seguir a lógica da desigualdade, o sistema penal não pode ser visto como paradigma da igualdade nem, por isto mesmo, como paradigma da diferença, porque as diferenças que reconhece são diferenças "reguladoras" — assentadas no preconceito, na discriminação e na estereotipia - e não diferenças "emancipatórias" — assentadas em subjetividades, necessidades e interesses femininos.

E como as lógicas da "seletividade" e da "honestidade" revelam-se como marcas estruturais do exercício do poder do sistema penal, a criminalização de novas condutas de cunho sexual, como o assédio, não parece ter como libertar-se delas. De modo que não apenas deve contar com o altíssimo custo que implica para as vítimas mas também com os outros, adicionais, advertidos pelas próprias criminólogas feministas (LARRAURI, 1991, p.220-1), como

1) Sexismo machista. Pouca proteção real ou simbólica pode esperar-se de um sistema penal dominado por homens socializados na cultura patriarcal e impregnados de valores profundamente machistas. Mas ainda que se eliminasse formalmente o sexismo do sistema legal e inclusive se a metade de legisladores e juízes fossem mulheres, o sistema legal não se transformaria, com isto, numa instituição não sexista.

2) Preço para o ofensor: reprodução da seletividade já que o impacto do sistema penal é altamente seletivo e injusto. Só a clientela que vive em simbiose com o sistema penal é reconhecida na autoria dos crimes sexuais, segundo os aludidos estereótipos.

3) Relegitimação da forma seletiva de operar do sistema. Por isso mesmo, representa evidente relegitimação de um sistema em aguda crise de legitimidade. Relegitima-se o sistema penal como uma forma de solucionar os conflitos sociais em detrimento de outros meios alternativos.

4) Desvio de esforços em busca de alternativas

Quando não só não cabe esperar ajuda do sistema penal, senão que o recurso a ele pode desviar os esforços que iriam de outro modo dirigidos a soluções mais radicais e eficazes (suscitando falsas esperanças de mudança dentro de e por meio dele) e que poderiam favorecer uma maior autonomia e auto-organização das mulheres.

O discurso feminista da neocriminalização, louvável pelas boas intenções encontra-se, nesta perspectiva, imerso na reprodução da mesma matriz (patriarcal) de que faz a crítica, num movimento circular. Pois, em primeiro lugar, reproduz a dependência masculina na busca da autonomia e emancipação feminina. Ou seja, as mulheres buscam libertar-se da opressão masculina recorrendo à proteção de um sistema demonstradamente classista e sexista e crêem encontrar nele o grande Pai capaz de reverter sua orfandade social e jurídica. O fulcro da questão parece residir, pois, no próprio sentido desta proteção. Até que ponto é um avanço para as lutas feministas a reprodução da imagem social da mulher como vítima, eternamente merecedora de proteção masculina, seja do homem ou do sistema penal? Ou, em outras palavras, de que adianta correr dos braços do homem (marido, chefe ou estranhos) para cair nos braços do sistema penal se nesta corrida do controle social informal ao controle formal reencontra a mesma resposta discriminatória em outra linguagem?

Em segundo lugar, ao reproduzir o discurso e as práticas da "luta contra" a violência sexual através do sistema penal, não raro associados a uma declaração de guerra contra o masculino (política separatista) a estratégia neocriminalizadora reproduz o alcance imperialista do sistema penal que, ao maximizar a conversão dos problemas sociais em problemas penais estendeu seu império sobre a sociedade como um polvo estende seus tentáculos sobre a areia. E, ao tentar abarcar, ao mais fino grão, o cotidiano da vida social, assumiu uma tarefa enormemente superior à sua intrínseca capacidade.

**Da negatividade do Direito Penal à positividade dos Direitos**

A crítica ao sistema penal aqui desenvolvida não pode contudo ser estendida, genericamente, ao paradigma jurídico moderno. Pois há que se distinguir, primeiramente, entre sistema penal e Direito Penal



e, a seguir, entre Direito Penal e Direitos.

É que o Direito Penal constitui, diferentemente dos demais campos do Direito (Constitucional, Civil, Trabalhista, do Consumidor, da Criança e da Adolescência, etc.) e ainda que oriundo de um paradigma comum, o campo, por excelência, da *negatividade, da repressividade*.Trata-se do campo da supressão duplicada de direitos, ou seja, que suprime direitos de alguém ( desde o patrimônio(multa)passando pela liberdade (prisão) até a vida (morte)) em nome da supressão de direitos de outrem. Que utiliza a violência institucional da pena em resposta à violência individual do crime.

Diferentemente, pois, dos demais ramos do Direito, é como sistema penal que o Direito Penal se operacionaliza. E isto significa que a Polícia e o sistema penitenciário são gigantes de sua engenharia institucional que os demais ramos do Direito podem prescindir. E o que acabou por se fragilizar, na violência seletiva e arbitrária do sistema penal - da qual decorre sua contemporânea crise de legitimidade de legitimidade - foi o próprio poder garantidor do Direito Penal.

Os outros campos do Direito constituem, mal ou bem, um campo de *positividade*, onde o homem e a mulher podem, enquanto "sujeitos" reivindicar, positivamente, direitos.

Com a alusão a esta especificidade quero reafirmar o argumento. Considerando que a luta feminista tem passado necessariamente pelo Direito e a Constituição Brasileira de 1988 é um prova inequívoca disto, o campo penal é, de todas as arenas jurídicas, a menos adequada para a luta. As demandas criminalizadoras (re)colocam as mulheres na condição de vítimas ; as demandas em outros campos jurídicos podem (re)colocá-las na condição de sujeitos. A um excesso de concentração de energias femininas no campo da negatividade corresponde um profundo déficit de lutas e resultados no campo da positividade.

Mas, ainda que as demandas feministas não desejem renunciar ao retribucionismo e ao impacto, pretensamente simbólico da sanção, não é demasiado lembrar que o Direito Civil e o Direito do Trabalho contemplam sanções de caráter indenizatório, de ordem financeira e moral.

**O paraíso não passa pelo sistema penal: pela mudança do paradigma jurídico imperial e masculino**

O fulcro da discussão parece residir, neste sentido, na crise da legitimidade que afeta o sistema penal e o próprio paradigma jurídico moderno, seus limites e possibilidades e na busca de novos paradigmas para além do "mito do paraíso" com o qual finalizo, metaforicamente, este discurso.

É que o tema e os problemas que estamos aqui a discutir parecem remontar, de fato e incessantemente, ao mito de "Adão e Eva" que nos furtou o Paraíso. E nossas sociedades eternizaram esta perda reivindicando incessantemente

a necessidade de recuperar o Paraíso através das instituições nas quais ele é simbolizado. O sistema penal é, na travessia da modernidade, uma das Instituições mas quais a Sociedade sonha o resgate de algumas promessas do paraíso perdido e dele parece não poder prescindir, ainda que tenha demonstrado sua virtual incapacidade de cumpri-las. As mulheres (nós?) continuam caindo na (sedutora?) tentação do sistema penal como Eva caiu na sedutora tentação do paraíso. E neste sentido continuamos pecadoras. O sistema promete, mas o paraíso não passa pela sua mediação. Nenhuma conquista, nenhuma libertação, nenhum caminho para o paraíso pode simbolizar o sistema penal e realizar-se **através dele**. Penso que é apenas matando o mito e reinventando o paradigma jurídico, imperial e masculino, que podemos buscar uma simetria para a "balança" jurídica já milenar e assimetricamente interposta entre Adão e Eva desarmando, quiçá, por caminhos mais criativos "o sexo como arma e o corpo como alvo" da violência.

**Notas**

[1] O conceito de violência é aqui empregado no sentido amplo que lhe confere FELIPE (1996,P.25), a saber, como uma ação momentânea ou "uma série de atos praticados de modo progressivo com o intuito de forçar o outro a abandonar o seu espaço constituído e a preservação da sua identidade como sujeito das relações econômicas, políticas, éticas, religiosas e eróticas...No ato de violência, há um sujeito...que atua para abolir, definitivamente, os suportes dessa identidade, para eliminar no outro os movimentos do desejo, da autonomia e da liberdade."

[2] É que não falo do lugar da especialização nas relações de gênero ou mesmo da militância em movimentos feministas , embora tenha um interesse direto em ambas . Falo, antes, do lugar da pesquisa e do magistério na área das Ciências Sociais (particularmente das Ciências Criminais) aliados à observação empírica do objeto investigado.



[3] Divisionismo que responde, por outro lado, a conjunturas históricas concretas. Na Itália, por exemplo, as feministas reivindicaram maior proteção penal precisamente quando o movimento estava mais fragilizado.

[4] Eis que, tradicionalmente, o estupro é um crime heterossexual (homem x mulher)em que a autoria é exclusiva do gênero masculino e a vitimação exclusiva do gênero feminino.

[5] A exemplo, a Deputada Marta Suplicy liderou a apresentação, ao Congresso Nacional Brasileiro, de Projeto de Lei propondo criminalizar o assédio sexual, como tal definido no próprio Projeto.

[6] Pois, para usar uma metáfora de RESTA (1991) o sistema penal é como o "Parmakhon"que é igual ao mal que pretende curar: a violência na sociedade.

[7] Refiro-me à Criminologia desenvolvida no marco do paradigma da reação social, desde o "labelling approach" ou teorias do etiquetamento até a Criminologia crítica, o Abolicionismo penal e a Criminologia feminista e, ainda, a historiografia dos sistemas penais modernos.É que neste marco, no qual se deu a passagem de um paradigma criminológico (etiológico) circunscrito à investigação das causas da criminalidade a um paradigma dedicado à investigação das condições da criminalização (reação social) o próprio sistema penal se converteu em objeto específico da análise criminológica de modo que a Criminologia contemporânea se ocupa hoje, nuclearmente, da estrutura, operacionalidade e funções dos sistemas penais vigentes. Como objeto desta abordagem o sistema penal não é unicamente um complexo estático de normas penais, mas um complexo dinâmico de funções (processo de criminalização) ao qual concorre a atividade das diversas agências do controle social formal (Lei, Polícia, Justiça, Sistema penitenciário) e os mecanismos do controle social (ou reação social) informal , isto é, o senso comum. O sistema penal é uma espécie do controle social (controle sócio-penal ou penal).É com esta abrangência que me refiro aqui ao sistema penal e aos resultados das "Ciências Sociais" em seu conjunto sobre o seu funcionamento.

[8] Tal saber inclui desde a Filosofia desenvolvida pela Escola Clássica passando pela Dogmática Penal e a Criminologia desenvolvida pela Escola Positiva.

[9] O que não significa que o exercício do poder do sistema penal não experimente, por outro lado, o impacto de especificidades regionais e conjunturais.

[10] E embora tal violação, amplamente documentada por instituições de defesa dos direitos humanos nacionais e internacionais se verifique, em maior ou menor grau, na totalidade dos sistemas penais vigentes, na América Latina adquire contorno muito mais agudos. A respeito ver ZAFFARONI(1991).

[11] Que explicitaremos a seguir.

[12] A respeito ver também ZAFFARONI, 1989. p.439-40 e 1991, p. 33,p. 147-152.

[13] Por "cifra negra"designa-se, em sentido lato, a criminalidade oculta, não quantificada estatisticamente, que inclui a "criminalidade de colarinho branco" mas a transcende.

[14] Logo, as estatísticas criminais oficiais não fornecem dados reais sobre o total da criminalidade, mas tão somente sobre o total da criminalização . Por isto falaseam a representação da criminalidade nos vários estratos e as teorias criminológicas nelas baseadas.

[15] Conceitos que na seqüência, respectivamente, de McNaughton-Smith e Cicourel designam a totalidade do complexo de regras e mecanismos reguladores latentes e não oficiais que determinam efetivamente e aplicação da lei penal pelos agentes do controle penal (A. TURK, 1969, p.39 et. seq.; BARATTA, 1982, p.52).

[16] Sobre o conceito de estereótipos ver SCHUR, 1971, p.40 et seq. DIAS & ANDRADE, 1984, p. 347-8(e nota 181), p.388-9 e 553;

[17] Desenvolvidamente, ver ANDRADE,1994.

[18] Sobre a comprovação empírica da tese seletividade no sistema penal brasileiro ver o Censo Penitenciário brasileiro realizado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (Ministério da Justiça) em 1994.

[19] Sobre os conceitos de sexo e gênero ver LARRAURI. 1994ª p.12

[20] Androcêntrica é, pois, a perspectiva que toma como paradigma do humano o masculino, ignorando em suas análises a referência à situação da mulher, seja como vitima ou autora e apresentando o problema do delito como um fenômeno masculino.

[21] A exemplo, no Código Penal brasileiro o estupro, que é um crime hediondo, é definido no art. 213 como "Constranger mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça". A interpretação dogmática e jurisprudencial dominante, é a de que a conjunção carnal abrange, unicamente, o coito vaginal.

[22] O referido artigo 213 não proíbe, com efeito, que o marido possa ser sujeito ativo de estupro contra a esposa. Mas na doutrina e jurisprudência goza de forte tradição e hegemonia a tese que sustenta a impossibilidade, sob o argumento de que um dos deveres do casamento civil é a prestação carnal e a mulher não pode, portanto, recusá-la.

[23] Só aparentemente vago porque, em última instância, o discurso jurídico-penal define a mulher honesta (decente, honrada, de compostura), de acordo com a moral sexual dominante, por oposição à mulher desregrada e de "vários leitos" da qual a prostituta representa a radicalização negativa. Assim.

[24] A respeito ver a pesquisa de ARDAILLON, DEBERT (1987) especialmente a sentença citada às páginas 24 que ilustra, exemplarmente, o estereótipo do estuprador x vitima honesta.

[25] A expressão é citada em GARLAND (1987), embora para outro contexto

[26] Decisões reiteradas dos tribunais brasileiros neste sentido (como RT 327/100, 533/376 498/292 e 387/301) podem ser ilustradas pelas ementas que seguem: "Tratando-se de mulher leviana, cumpre apreciar com redobrados cuidados a prova da violência moral. "Tratando-se de vitima honesta, e de bons costumes, suas declarações tem relevante valor. Se a vitima é leviana, a prova deve ser apreciada com redobrado cuidado. "A palavra da moça seduzida constitui prova de autoria do crime quando ela é honesta e de bons costumes e procedimento. "Se a mulher alega, sem qualquer lesão, ter sido estuprada por um só homem, que se utilizou da força física, suas declarações devem ser recebidas com reservas ou desconfiança". A respeito ver MIRABETE, 1986. P. 408 e 420 e DELMANTO, 1988, p. 390.

[27] A pesquisa de ARDAILLON, DEBERT (1987, p.. 23) constata que a referida persistência da visão do estuprador como um anormal "explica em grande parte a má vontade dos investigadores e delegados de Polícia, que tendem a ver as denúncias de estupro como uma fantasia de mulheres históricas e vingativas, quando o acusado não se enquadra no modelo de um ser "anormal".

[28] Como demonstra a investigação de LEES (1994:17 a 19) a repressão das mulheres por meio da reputação sexual começa já na adolescência. Pois enquanto o prestígio de uma menina pode ficar depreciado ou destruído por insinuações feitas sobre sua moral sexual a reputação de um menino, ao contrário, normalmente melhora com o número de experiências sexuais.

## Bibliografia


ANALÍA, Meo. El delito de las féminas. *Delito y sociedad.* Buenos Aires, n.2. Año 1, p.111-125, 2do semestre 1992.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e sistema penal: em busca da segurança jurídica prometida*. Florianópolis, 1994. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 1994. 504p.

_____. Dogmática e Controle penal: em busca da segurança jurídica prometida. In ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Teoria do Direito e do Estado.* Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1994, p.121-135.

_____. Do paradigma etiológico ao paradigma da Reação Social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Seqüência.*





Florianópolis, UFSC, n.30, p.24-36, jun-1995.

_____. Do paradigma etiológico ao paradigma da Reação Social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, Revista dos Tribunais, n.14, p. 276-287, abr./jun. 1996.

ARDAILLON, Danielle, DEBERT, Guita Grin. *Quando a vítima é mulher.* Análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher/ Ministério da Justiça, 1987.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política penal alternativa. Tradução por J. Sérgio Fragoso. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n.23, p. 7-21, jul/dez. 1978.

_____. Criminología y dogmática penal: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. In:MIR PUIG, Santiago et al. *Política criminal y reforma del derecho penal.* Bogotá: Temis, 1982. P. 28-63

_____. Sobre a Criminologia crítica e sua função na política criminal. *Documentação e Direito Comparado.*(Boletim do Ministério da Justiça). Lisboa, [s.n.], n. 13, separata, p. 145-166,1983. Relatório apresentado no IX Congresso Internacional de Criminologia, Viena, setembro de 1983.

_____. Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal. *Poder y control*, Barcelona, n. 0, p.77-92, 1986.

_____. Principios del decerto penal mínimo. Para una teoria de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. *Doctrina penal*, Buenos Aires, n.40, p.447-457, 1987.

_____. Proceso penal y realidad en la inputación de la responsabilidad penal. La vida y el laboratório del Derecho. *Revista general de Derecho*, Valencia, n.531, p.6655-6673, dic. 1988. Separata.

_____. *Criminología crítica y crítica del Derecho penal:* introducción a la Sociologia jurídico-penal. Tradução por Alvaro Bunster. México: Siglo veintiuno, 1991.

_____. *Direitos Humanos: entre a violência e a violência penal.* Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, n.2, p.44-61, abr./maio/jun 1993.

BEIJERSE, Jolande Uit, KOOL, Renée. ¿ La tentación del sistema penal: apariencias enagañosas? El movimiento de mujeres holandés, la violencia contra las mujeres y el sistema penal. In: LARRAURI, Elena (Comp.) *Mujeres, derecho penal e Criminología.* Madrid: Siglo Veintiuno, 1994.p. 141-166.

Código penal brasileiro de 1940/1984.

Censo Penitenciário Brasileiro de 1994 (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - Ministério da Justiça).

CIRINO DOS SANTOS, Juarez . *A Criminologia radical.* Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho penal y control social.* Jerez: Fundacion Universitaria de Jerez, 1985.

*DELMANTO, Celso. Código Penal comentado.* Rio de Janeiro. Renovar, 1988.

DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia:*o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1984.

FELIPE, Sônia. Violência, agressão e força. In: FELIPE, Sônia & PHILIPI, Jeanine Nicolazi. *O corpo violentado: estupro e atentado violento ao pudor.* Florianópolis: Gráfica/UFSC, 1996.

FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal.* Tradução por Luiz Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história das violências nas prisões. Tradução por Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis, Vozes, 1987.

FRANCO, Alberto Silva. *O Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

GARLAND, David. *Punishment and Welfare:* a history of penal strategies. Great Britain: Gower, 1987.

_____. *Punishment and modern society*: Oxford: Clarendon Press, 1990.

HASSEMER, Winfried, CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la Criminologia y al derecho Penal*. Valencia: Tirant to blanch, 1989.

HULSMAN, Louk. La Criminologia critica y el concepto del delito. *Poder y Control*, Barcelona, n. 0, p. 119-135, 1986.

HULSMAN, Louk, BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas Perdidas:* o sistema penal em questão. Tradução por Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro, Luam. 1993.

KARLENE, Faith, NANETTE, J. Davis. Las mujeres y el Estado: modelos de control social en transformación. In: LARRAURI, Elena (Comp.) *Mujeres, derecho penal y Criminologia*. Madrid: Siglo Vientiuno, 1994 a. p. 109-139.

KOLODNY, Robert. C., MASTERS, William H, JOHNSON, Virginia E. *Manual de medicina sexual*. Tradução por Nelson Gomes de Oliveira. São Paulo: Manole, 1982.

LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminologia crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1991.

_____. É neutro o Direito Penal? O mau-trato às mulheres no sistema penal. *Fasciculos de Ciências Penais*, Porto Alegre, n.1, p. 8-22, jan/fev/mar 1993.

_____. Control informal: las penas de las mujeres. In: LARRAURI, Elena (Comp.) *Mujeres, derecho penal y Criminologia*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994 a.p.1-16.

_____. Control formal y el derecho penal de las mujeres. In: LARRAURI, contexto. Elena (Comp.) *Mujeres, derecho penal y Criminologia*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994 b.p. 93-108.

LEES, Sue. Aprender a amar. Reputación sexual, moral y control social de las jóvenes. In: LARRAURI, Elena (Comp.) *Mujeres, derecho penal y Criminologia*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994. p.17-41.

LOS, M. "*The struggle over the definition of rape in canada in the 1980's*". Conferência apresentada no XII Congresso Internacional de Sociologia, Madrid. 1990.

LOS, M. The struggle to redefine rape in the early. In: ROBERTS, J, MOHR, R (Comps).). Sexual assault in Canada. Toronto, University of Toronto Press, 1992.

MACKINNON, C. *Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence*. Signs, 1983, n.4. v.8.

MATTHEWS, Roger, YOUNG, Jock. Reflexiones sobre el Realismo Criminológico. Delito y sociedad. Buenos Aires, n.3, Año 2, p.13-38, 1.er. semestre 1993.

MAYR, Eduardo. Vitimização judicial da vitima: algumas reflexões - Visão brasileira. *Fasciculos de Ciências Penais*, Porto Alegre, n.4, p.70-76, out./nov./dez. 1992.

MIRABETTE, Julio Fabrinni. *Manual de direito penal*: parte especial. São Paulo, Atlas. 1986. v.3.

SMART, Carol. La mujer del discurso juridico.In: LARRAURI, Elena (Comp.) *Mujeres, derecho penal y Criminologia*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994. P. 167-190.

WARE, Norma C, ADAMS, Karren L. Sexismo y Lenguage: las implicaciones lingüisticas de ser mujer. In: LARRAURI, Elena (Comp.) *Mujeres, derecho penal y Criminologia*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994. p.43-61

RESTA. El concepto de "Pharmakon" y la legalidad moderna. Tradução por José L. Dominguez Figueiredo y Ramiro A P. Sagarduy. *Oñati proceedings*. Oñati,n.10, p.79-103, 1991.

SCHUR, Edwin M. *Labeling Deviant Behavior*. Its Sociological Implications. New york: *Harper & Row, 1971*.

*TURK, A. Criminality and Legal Order*. Chicago: Rand McNally, 1969.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. La critica al Derecho Penal y el porvenir de la Dogmática Jurídica. In: CUESTA, Jose Luis de la et. al. (Comp.). *Criminologia y Derecho Penal ao servicio de la persona*. Libro-Homenage al profesor Antonio Berinstain. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminologia, 1989.





Claudia Fonseca

*Professora titular em Antropologia na UFRGS. Coordenadora do Núcleo de Antropologia e Cidadania. Publicações mais recentes: "Ser mãe, mulher e pobre" in* ***A história das mulheres no Brasil*** *(Mary Del Priore, org.) e* ***Caminhos da adoção***

Ao propor, como tema, "Igualdade e diferença na justiça", os organizadores desse seminário aceitaram enfrentar um desafio de não pouca ambição. A conferencista que abriu nossa reunião, Dra. Kimberle Crenshaw, demonstrou de forma clara que, já que a sociedade inclui pessoas muito diferentes (pessoas que — conforme seu sexo, sua raça, ou classe — gozam de privilégios ou sofrem desvantagens), o princípio aristotélico de igualdade formal não é sempre o melhor instrumento para assegurar a justiça social. Quero insistir nas implicações dessa reflexão pois, no fundo, coloca seriamente em dúvida um dos baluartes da filosofia jurídica: que possa existir uma lei, impessoal mas justa, que se aplique de forma idêntica a qualquer pessoa em qualquer contexto. Segundo Crenshaw, o maior desafio que enfrentam legisladores e juristas hoje é travar políticas que se adaptem às particularidades de cada grupo de forma que esses, apesar de grandes diferenças entre eles, sejam tratados de forma "igual".

O pensamento feminista tem contribuído muito para essa discussão, a partir da reflexão sobre a diferença masculino/feminino. Desnaturalizando categorias que durante séculos pareciam óbvias, acabou roendo as bases de todo tipo de discriminação — de raça, sexo ou classe. Derrubando o mito de que "a biologia dita seu destino" desconstruiu explicações essencialistas do comportamento e desmascarou ideologias de exclusão. Não é portanto um acaso que encontramo-nos aqui contemplando outros fatores de discriminação: além do sexo, raça e classe. Quero trazer

minha contribuição ao debate enfatizando justamente este terceiro elemento: as diferenças culturais ocasionadas pela situação de classe e o dilema dos operadores de justiça que devem servir como mediadores em contextos sociais cujas regras nem sempre entendem.

É interessante que a sociedade se comove e se mobiliza contra determinadas formas de preconceito — racista e sexista, por exemplo. As políticas de "ação afirmativa", introduzidas em grande medida por instigação de ONG's com apoio internacional, visam melhorar as condições de mulheres e negros. Mais raramente tomam como alvo aquela categoria de difícil definição: os pobres. No entanto, se quisermos falar de alteridades, devemos reconhecer que, no Brasil, as classes trabalhadoras possuem uma especificidade cultural no mínimo tão evidente quanto a "dos negros", ou "das mulheres". O Brasil tem praticamente a pior distribuição de riqueza no mundo: a distância entre ricos e pobres é colossal. Apesar de todos estarem inseridos na sociedade complexa, existem neste país populações com modos de vida radicalmente diferentes que engendram valores e maneiras particulares de ver o mundo. A não ser que queiramos regredir à retórica da década de sessenta classificando a parte desfavorecida da sociedade em termos exclusivamente negativos ("desestruturada", "atrasada", "carente", etc.), devemos procurar entender as dinâmicas culturais que animam os padrões de comportamento desses grupos. Entra, então, na agenda do pesquisador investigar quais os valores, qual a lógica que subjaz as práticas sociais, e em particular familiares, dos grupos populares no Brasil. Assim, estaremos preparados para pensar a diferença, e, especificamente, trazer o debate sobre "diferença e igualdade na justiça" para nossa sociedade de classes.

Na primeira parte desse paper, meu objetivo será colocar em perspectiva dinâmicas familiares que podemos, eventualmente, desvendar entre grupos urbanos de baixa renda. Num segundo momento, esboçarei quatro modelos de "diferença e igualdade" para melhor entender o tratamento dado à alteridade ligada à questão de classe. Finalmente, tentarei trazer exemplos empíricos que demonstrem os impasses e desafios enfrentados por operadores da justiça mediando conflitos familiares entre grupos populares no Brasil.

## Tradições que não constam dos livros escolares

Pesquisadores da história européia nos informam que a família "moderna" iniciou sua vida nas camadas burguesas em torno do século XVII. Com a transformação da sociedade tradicional, houve uma gradativa polarização da vida social em torno da família nuclear. Em um processo de enclausuramento progressivo, as pessoas se retiraram da rede extensa de parentela para investirem no espaço do "lar doce lar". As mulheres abdicaram da parceria no comércio ou oficina familiar e passaram a ocupar-se integralmente do espaço doméstico; suas crianças, que antigamente se socializavam pela convivência com adultos no decorrer da rotina cotidiana, passaram a completar sua educação recorrendo a especialistas — tutores, governantas, professores de escola. Nesse processo que, com ajuda de educadores e moralistas, difundiu-se do alto para baixo da pirâmide social, a criança foi uma peça chave. A necessidade de educá-la e prepará-la para o futuro fez com que seus pais virassem as costas às antigas sociabilidades (da rua, do parentesco extenso), entregando-se à privacidade do lar e seu complemento, a escola. Resumindo, esse modelo caracteriza-se pela ênfase em: 1) a relação conjugal legalmente constituída; 2) o aconchego do lar que torna-se um refúgio contra as pressões do mundo público; e, finalmente, 3) a importância central dos filhos e da mãe enquanto principal socializadora deles (ver Shorter 1975, Ariès 1981).

A nova visão da família que se estendeu das sensibilidades para a vida material, da amizade entre cônjuges e amor materno para a arquitetura das casas, tornou-se brasão da burguesia, legitimando uma distinção que a separava das classes "inferiores". Os adeptos da lógica evolucionista acham neste processo de transformação a prova de um "avanço" moral. A maioria dos estudiosos da história social tratam ela, pelo contrário, como a conseqüência social de um determinado contexto histórico que implica, entre outras coisas, em um certo nível de segurança econômica, um Estado central capaz de controlar e disciplinar seus sujeitos, e a proeminência da instituição escolar.

Cabe notar que a organização familiar da parte *pobre* (em geral, a maioria) da população seguiu uma linha de evolução diferente. A enorme variedade de costumes que caracterizava a Europa pré-moderna diminui a partir da revolução industrial. Em torno dessa época, é possível identificar certas tendências em todo o sub-continente: casamentos "precoces", um aumento da proporção de uniões consensuais, freqüentemente instáveis, uma alta taxa de bastardia e de crianças em circulação... A história nos ensina quão difícil foi a implantação do modelo nuclear burguês entre os pobres europeus. As medidas coercitivas de enclausuramento dos séculos XVIII e XIX visavam sanear a rua, retirando mendigos, órfãos e prostitutas do espaço público para confiná-los em instituições. Mas, na realidade, nada adiantaram antes do século XX. A família conjugal só veio se consolidar, entre camadas trabalhadoras, no início do século XX, como resultado de "táticas sedutoras" de persuasão: salários dignos, escolarização universal de alta qualidade e uma melhoria geral das condições de vida da classe. Esquematicamente, podemos apresentar o jogo de fatores contextuais da seguinte forma:

| Contexto da "família moderna" | |
|---|---|
| Estado consolidado legalmente | Ênfase na relação conjugal constituída |
| Vantagens econômicas | Intimidade do lar |
| Escola universal | Criança - eixo da família |

Se, já entre as classes trabalhadoras na Europa, esse modelo custou para ser implantado[1], no Brasil o "atraso" foi maior ainda. Há indícios de que as camadas populares no Brasil têm tradições próprias de longa data. Até o século XX, o casamento legal era privilégio de poucos, sendo limitado, em certas regiões, a menos de um terço da população adulta. A maioria da população era composta de viúvos, solteiros, pessoas que viviam em concubinato ou, como era sumamente comum nas cidades de Minas Gerais e São Paulo no início do século XIX, em famílias chefiadas por uma mulher. Completando esse quadro, constata-se a presença persistente de crianças "em circulação" — isto é, que transitavam entre as casas de suas diversas "mães": patroas, avós, madrinhas, e "mãe legítima". Tal prática deriva, por um lado, da necessidade de acionar estratégias coletivas para a sobrevivência das crianças. Por outro, decorre de uma dinâmica familiar que sublinha a importância da rede extensa de parentes (em particular, consangüíneos). Neste contexto, a unidade doméstica não chegava a constituir uma fortaleza isolada da comunidade; a própria arquitetura das casas, em vez de salvaguardar a intimidade do casal, era pensada em função de uma sociabilidade aberta para a "rua". As crianças, sendo a preocupação não da mãe exclusivamente nem mesmo do casal mas sim do "grupo de parentesco", e considerando o pouco alcance da escola formal, acabavam circulando entre múltiplos "pais de criação" responsáveis pela sua socialização[2] ...

Não cabe, nesse artigo, uma discussão pormenorizada sobre a evolução das diferentes formas familiares no Brasil. Basta dizer que, considerando o escopo limitado de "táticas sedutoras" (tais como uma escola universal, salário familiar, habitação popular, etc.), os populares brasileiros não abraçaram o modelo da família "moderna" com alacridade. Ao passo que, na França, a escola foi declarada universal e obrigatória desde a Lei Fleury (1888), os brasileiros só atingiram esse patamar quase um século mais tarde. Mesmo hoje, o dia escolar dura apenas meio turno, permitindo que as crianças continuem com sua condição de trabalhador. Seus pais, com empregos irregulares e mal-pagos, não podem realisticamente prescindir dessa contribuição do trabalho infantil para o orçamento familiar. Somando os ganhos de todos os membros da família, ainda não dá para garantir uma moradia nos moldes do "lar doce lar". Não é de se admirar, portanto, que, nas minhas pesquisas etnográficas, em bairros populares de Porto Alegre nas décadas de 80 e 90, tenha achado muitas práticas conhecidas aos historiadores do século XIX: uniões consensuais no lugar de casamentos formais, a solidariedade da família consangüínea, a fragilidade do laço conjugal, a freqüência de casas chefiadas por mulheres, e uma alta taxa de circulação de crianças. Trata-se de cidadãos contemporâneos, morando em circunstâncias de uma tal dureza que exigem formas menos-



do-que-modernas de organização.

| Contexto histórico da família brasileira de baixa renda | |
|---|---|
| Estado incipiente | União consensual e Rede extensa de parentes |
| Precariedade econômica | Casa aberta para a sociabilidade da rua |
| Trabalho infantil | Circulação de crianças |

Se, por um lado, cabe-nos fazer uma denúncia das deploráveis condições materiais que tornaram o modelo da família moderna inacessível a boa parte da população, por outro, não convém idealizar este modelo, nem colocá-lo como o supra-sumo da civilização. Lembremos que, hoje, a família européia, escorada no Estado de Bem-estar social, perde cada vez mais o perfil da "família moderna" clássica. Na França, por exemplo, mais de um quarto das crianças que nascem são ilegítimas; cada vez menos pessoas se casam, quase um terço dos casamentos são fadados a terminar em divórcio[3], e os divorciados, quando acham novos companheiros, tendem a optar pela união consensual tanto quanto por um novo casamento. O fim da família? Os sociólogos europeus respondem em uníssono: não. A fragilidade do casal contemporâneo simplesmente ressalta outros elementos da dinâmica familiar — em particular, redes sociais de apoio e a família extensa — que, em décadas anteriores, sumiam, apagados na sombra do "casal"[4].

A importância dessas redes, dizem esses sociólogos, não é de ontem. Porém, só agora começa-se a reconhecer e valorizar sua existência. Por que não antes? Porque as análises se amarravam na camisa de força do modelo da família nuclear — construção ideológica do sistema liberal pós-guerra que apresentava-o como o corolário inevitável da modernidade e industrialização. Tudo que corria fora desse modelo era simplesmente negado[5].

Estendendo essa reflexão para pensar diferenças do ponto de vista de classe, chega-se a conclusões inovadoras. Era a ótica vitoriana que via no comportamento "desregrado" de pobres novecentistas uma rejeição da família. Hoje, considera-se que não se trata de rejeição mas, sim, "de uma recusa (*da parte dos trabalhadores*) dos valores morais da burguesia que os filantropos e industrialistas teimavam em promover[6]". Nas sociedades complexas, é um equívoco imaginar um só modelo familiar que se distribui de forma homogênea entre todas as camadas sociais. A diferentes classes correspondem diferentes versões de família. O reconhecimento dessas "outras" dinâmicas familiares se-

ria essencial para controlar o moralismo inerente no olhar escrutinador (classificador, e normatizador) da ciência e, em particular, das ciências jurídicas.

Analistas da vida familiar no Brasil têm trilhado muitos desses mesmos caminhos. Sabemos agora que a "família patriarcal extensa", longamente pautada como protótipo da família brasileira, diz respeito a apenas uma pequena parcela da história brasileira[7]. Temos provas que a urbanização não traz a nuclearização inevitável da família. Muitas vezes, antes pelo contrário, as redes de parentesco são fortalecidas, tornando-se indispensáveis para a integração de trabalhadores na cidade[8]. A historiografia dos últimos quinze anos reflete os benefícios desse novo olhar. Cabe agora a nós estender essa compreensão acadêmica para diminuir o forte viés moralizante que tem tradicionalmente acompanhado políticas públicas para com famílias pobres.

**Lidando com as diferenças**

Na primeira parte deste trabalho sustento a tese da alteridade quanto aos valores familiares em grupos populares. Trata-se do reconhecimento das diferenças culturais calcadas em trajetórias históricas distintas. Cabe agora perguntar: o que fazer com isso na prática?

Reconhecer as diferenças obviamente não basta para assegurar a justiça social. Lembremos que os preconceitos mais perniciosos têm como pressuposto a *diferença* entre brancos e negros, entre homens e mulheres...uma diferença inteiramente negativa que garante a posição superior de brancos e homens na hierarquia política e social. É para se opor a essa visão negativa da diferença que surgiram os movimentos dos direitos civis, com os grupos oprimidos exigindo ser reconhecidos como *iguais* aos dominantes. Com essas reivindicações, vem um novo discurso que tende a minimizar qualquer diferença entre as categorias. Houve, nessa fase de nossa história, uma tendência de exigir comportamentos "masculinos" das mulheres (nada contra a mulher executiva desde que use tailleur e não engravide), e comportamentos "brancos" dos negros (quanto menos gíria, quanto menos roupa colorida, melhor). Em outras palavras, com a aceitação do princípio de igualdade, houve, num primeiro momento, uma tentativa de apagar as diferenças, de assimilar as categorias dissidentes dentro do modelo hegemônico. A lógica subjacente era: Se é igual, então tem que ser idêntico. Esses dois momentos podem ser esquematizados da seguinte forma:

| |
|---|
| Modelos do "preconceito puro":<br>PRESSUPOSTO DA DIFERENÇA → DESIGUALDADE |
| Modelo assimilacionista:<br>DESEJO DA IGUALDADE → NEGAÇÃO DA DIFERENÇA |



Além de promover uma forma de violência simbólica, negando indiretamente o direito à diferença, o modelo assimilacionista provoca óbvios problemas de ordem prática. A jurista feminista, Kimberle Crenshaw, citou como exemplo o departamento policial que, se vendo obrigado a integrar mulheres na sua equipe, botou um critério "igual" para todos os novos candidatos: todo mundo tinha que medir no mínimo dois metros e pesar noventa quilos. Com este exemplo, mostrou o lado absurdo da noção formal de igualdade — nos cutucando a reconhecer que, em certas situações, a "igualdade" só pode ser garantida por medidas que se aplicam de forma diferencial conforme as condições do grupo. Em outras palavras, deve haver um cruzamento dos termos dos modelos descritos acima para garantir o direito à diferença sem que implique em injustiça. Resumindo, o que se almeja atualmente é:

| |
|---|
| Modelo da justiça social:<br>RESPEITO PELA DIFERENÇA + IGUALDADE |

Ora, ao introduzir a questão de classe, estamos obrigados a complicar a discussão. Se, eventualmente, raça (traduzida agora em termos de "etnia") e sexo (traduzido em termos de "gênero") podem ser vistos como categorias eticamente neutras, o mesmo não pode ser dito da categoria "classe". Não é, *a priori*, um problema nascer homem ou mulher; o problema surge a partir das construções sociais que elaboramos a partir daquilo que é percebido como "fato biológico". Por exemplo: a discriminação contra a mulher, no fundo, não tem nada a ver com o fato de ela ter útero; tem tudo a ver com a leitura cultural e histórica que nós fazemos deste fato biológico[9]. Assim, não parece insensato inverter argumentos racistas e sexistas e, glorificando até a diferença, criar noções como "cultura negra" ou "cultura feminina". "Classe", por outro lado, não é, em hipótese nenhuma, um termo neutro. Carrega, embutida na definição da palavra, a idéia de desigualdade. Como, então, reivindicar uma aceitação dessa diferença, "perversa" desde sua origem? Como pretender incorporar a idéia de igualdade numa relação, por definição, entre desiguais?

Para responder a essas inquietações, é necessário separar a primeira pergunta da segunda. Quanto à primeira: de fato, não é eticamente possível "aceitar" as desigualdades violentas engendradas pela sociedade de classes. Qualquer ecologização da miséria, colocando essa como traço "natural" da sociedade humana é inadmissível. A segunda pergunta, porém, levanta uma dimensão prática a esse debate, a saber: a intervenção na realidade. É o tipo de pergunta que se apresenta cotidianamente no exercício do ofício de "operador de justiça". Quem age tem que definir uma política para orientar sua prática. Que "aceite" ou não a sociedade de classes, tem que saber como intervir nela para promover o princípios da justiça social. E — se é que encaramos os "objetos de interven-

ção" como moralmente iguais à nós — essa "intervenção" deve ser fruto de um diálogo. Ignorar a especificidade das ideologias e formas de organização social que correspondem a diferentes modos de vida (e, por extensão, a diferentes condições de classe) é somar insulto à injúria: somar uma situação de desigualdade *de fato* à negação de uma diferença cultural. Ou seja:

| |
|---|
| Prática da injustiça cotidiana:<br>NEGAÇÃO DA DIFERENÇA + DESIGUALDADE |

Assim, ao lidar com os "pobres" da sociedade contemporânea, acabamos combinando o pior dos modelos de "preconceito puro" e assimilacionista. Ao desejar a igualdade, desqualificamos a noção de diferença. Qualquer diferença que aparece é percebida como negativa, prova da inferioridade desses grupos[10]. Mesmo se, hoje, rejeitamos as bases biológicas de nosso julgamento, ainda permanece o discurso sobre "o círculo pernicioso da pobreza" para garantir uma conotação negativa a qualquer tradição histórica que divirja do (nosso) "normal". Estamos aqui diante de uma atitude sofisticada, fruto de uma orientação progressista que, porém, reflete as contradições da sociedade em que vivemos. Há saídas para esse dilema?

**"Home territories" e o reconhecimento de moralidades diversas**

Os juízes e os legisladores provêm tradicionalmente das classes abastadas. Mesmo nos casos onde uma pessoa consegue estudar e subir na escala sócio-econômica apesar de suas origens humildes, podemos supor que, até chegar no cargo de juiz, já passou por uma mudança radical no seu modo de vida de forma a colocar uma distância considerável entre ele e a grande parte das pessoas julgadas. Sabemos que, em muitos processos, o juiz não "julga" tanto quanto "media" disputas, mas justamente nesses casos, coloca-se a questão: até que ponto o juiz, com determinada bagagem cultural, consegue avaliar os termos de disputa quando trata-se de litigantes de outra classe, carregando outra bagagem cultural? Não é impossível imaginar uma certa benevolência da potência jurídica. (A guisa dos antigos administradores colonialistas que, em bom pastor, tentavam botar ordem no seu rebanho, e, para tanto, apelavam para um antropólogo para lhe explicar os costumes locais...) Mas, quer seja nos "home territories" da África do Sul, quer seja na sociedade de classes, essa benevolência tem limites.

Para ilustrar essa idéia de benevolência, trago um exemplo tirado das minhas pesquisas em que juízes mostraram atitudes compreensivas diante das mães, na sua maioria pobres, que disputavam com seus maridos a guarda dos filhos. Não teria me surpreendido se tivesse achado evidência de discriminação contra mulheres[11]. O que me surpreendeu, enquanto vasculhava arquivos de



1900 a 1926 que versavam sobre disputas entre pais e mães, foram os episódios que discrepavam desse princípio discriminatório: quando me dei conta que mães ganhavam suas causas apesar de, legalmente, ter tudo contra elas.

Explico. Segundo o Código Civil (reiterando o espírito da legislação novecentista), o homem tinha uma nítida vantagem nessas disputas:

> Durante o casamento, exerce o pátrio poder, o marido, como chefe de família e, na falta ou impedimento seu, a mulher. (Código Civil art. 380)

Ainda mais, já que a lei previa perda de pátrio poder para quem praticava "atos contrários à moral e aos bons costumes", as mulheres pobres tinham, na rígida moral sexual da época, um talão de Aquiles que as deixava permanentemente vulneráveis. (Repete-se em quase metade dos processos contra mães a acusação que elas "não têm idoneidade" para ter um filho na sua guarda — uma expressão que diz respeito pura e simplesmente ao seu comportamento sexual.) Naquela época, a definição de falta moral feminina era tão ampla que tornava-se uma arma potencial contra praticamente qualquer mulher pobre. Por exemplo, nos processos pesquisados, diversos homens rotularam suas ex-mulheres de "prostituta" simplesmente porque estas, depois da separação conjugal, juntaram-se com um novo companheiro. Mesmo quando a mulher tinha uma conduta reconhecidamente "honesta", mantendo-se casta depois da separação conjugal, seu marido podia tentar mostrar, por outras vias, que era moralmente despreparada para criar seus filhos. Considerando que a contaminação moral se espalhava de uma mulher para outra, sempre era possível descobrir alguma parenta — uma filha amasiada, uma irmã separada — para desqualificar a mulher aos olhos do tribunal. Assim, nas disputas entre esposos pela guarda de uma menina, a quase obsessão pela "pureza" das filhas moças passava a ser uma arma por excelência masculina.

O juiz, no entanto, nem sempre seguia a letra da lei, nem necessariamente dava ouvidos às acusações feitas pelo marido. Podemos supor que, por estar confrontado a tantas "irregularidades" ao mesmo tempo (mancebia, prostituição, abandono, maus tratos, ...) encontrava-se obrigado a criar, conforme suas próprias sensibilidades, uma hierarquia dessas "faltas". Consideremos o exemplo do homem que exigiu a guarda de sua filha (com 3 anos de idade), acusando sua mulher de ter "abandonado o lar", e viver amancebada com outro homem. Se o juiz foi tentado em ceder a essa demanda, sua decisão foi definitivamente revertida quando descobriu que este homem "vivia de uma casa de meretrizes, alugando quartos para mulheres..." Na realidade, inúmeras mulheres, apesar de viverem "amasiadas" ou "mães solteiras", ganharam suas causas e receberam a guarda dos filhos. Daí, deduzimos que havia uma aceitação tácita, da parte de certos juízes, de práticas costumeiras tais como a mancebia e a gravidez pré-nupcial. Tratava-se de transgressões morais, sim, mas que constavam como menos repreensíveis do que outras tais como abandono ou maus tratos.

Ao que tudo indica, entre os juizes, existia uma tolerância tácita das práticas familiares costumeiras. Por exemplo, na época, não existia o divórcio, muito menos recasamento legalmente instituído. Entretanto, o marido legal de uma mulher não era necessariamente considerado pai de seus filhos. O juiz, demonstrando um reconhecimento, *de facto*, das uniões subsequentes da mulher, exigia a certidão de nascimento para determinar a paternidade de cada criança antes de entregá-la ao pai legal. A atitude do juiz, em muitos casos, parecia mais progressista do que a opinião pública (refletida nos discursos da acusação e no depoimento de testemunhas). Ele passava por cima da "situação irregular" da mulher amancebada para lhe dar a guarda dos filhos. E, no mínimo, exigia testemunhas para comprovar acusações de prostituição.

O homem amasiado que declarava seus filhos tinha, teoricamente, o mesmo direito ao *pátrio poder* que o homem casado, pois a autoridade do pai sobre seus filhos ilegítimos, se declarados (e não sendo adulterinos ou fruto de incesto) era tão absoluta quanto sobre filhos legítimos. Porém, as mães não-casadas sempre tinham a possibilidade de se esquivar à prioridade paterna declarando seus filhos "de pai ignorado". Duas mulheres enfatizaram suas atividade de prostituta para refutar a paternidade dos amásios, uma até trazendo policiais para testemunhar "ao seu favor". Ambas ganharam sua causa.

Diria-se então que, numa atitude reminiscente de administradores colonialistas, o juiz dava mostra de uma certa complacência, tolerando, entre litigantes pobres, comportamentos que não teria aceito na própria família. Não há como ignorar que, nos processos estudados, o princípio patriarcal da lei se aplicava com maior firmeza justamente nas famílias convencionais — onde o casal era legalmente constituído e os esposos viviam juntos na hora do nascimento dos filhos. Mulheres amancebadas ou solteiras ganhavam suas causas contra seus companheiros com mais freqüência do que suas vizinhas casadas. É nos casos de pobre contra pobre que o juiz ensaiava "novos valores familiares" que dissessem respeito aos direitos da mãe e mulher. Assim, é possível explicar por que, apesar do espírito "machista" da lei, as mulheres dos nossos arquivos ganhavam suas causas um pouco mais do que os homens[12].

Os limites dessa complacência jurídica tornam-se evidentes quando o problema extravasa o universo dos grupos populares e passa a incluir, junto com estes, integrantes das classes abastadas. Tal situação é exemplificada em certas das disputas entre pais adotivos e mãe ou pais biológicos. Diante de uma situação que envolve litigantes de dois universos simbólicos razoavelmente distintos — que critério deve empregar o juiz? Obviamente sua decisão não se faz em terreno neutro — os pais adotivos são, inevitavelmente, de um grupo sócio-econômico superior ao dos genitores. Além de possuírem maior influência (política, econômica, etc.), os pais adotivos tendem a aproximar-se da situação de classe do próprio juiz. O "respeito pelas práticas costumeiras" dos pobres tende



a diminuir rapidamente quando entra em conflito com os interesses de alguém "em melhores condições"[13]. O importante dessa observação não é a constatação de que as decisões jurídicas se ajustam à situação — o que é uma obviedade. Queremos, antes, sublinhar a influência exercida pelas sensibilidades de classe sobre a decisão do juiz.

Os valores dos juizes, como os valores de qualquer categoria, não são unívocos. São repletos de ambigüidades que permitem um jogo amplo de ação. Seu leque de estereótipos alimenta tanto a visão de mulher-santa como a de mulher-piranha. A mãe solteira pode ser vista ora como vítima, ora como manipuladora; uma mãe que deixou seus filhos "temporariamente" com outra pode ser apresentada tanto como "abnegada" (sacrificando seu prazer materno pelo bem dos filhos) ou como "desnaturada". A questão é: em quais situações aciona-se o estereótipo favorável, em quais situações o estereótipo negativo? É uma questão que deve ser colocada especialmente nos casos de "adoção", quando pais pobres são destituídos não somente de seu pátrio poder mas também de sua identidade genealógica em favor dos pais adotivos.

Em disputas de guarda, dá-se prioridade ora aos direitos paternos, ora aos "direitos da criança". Sugerimos a hipótese de que é justamente em casos de disputas "inter-classe", contra pais pobres, que aciona-se a retórica sobre os "direitos da criança". Mesmo quando as disputas não envolvem litigantes oriundos de classes diferentes, o status da criança enquanto *tutelado*[14] exige o envolvimento do juiz cuja subjetividade surge como nova voz na disputa. Já que, muitas vezes, a crianças não tem idade (ou autoridade moral) de opinar, ela acaba desempenhando o papel de boneca de ventriloquo por onde passa nada mais, nada menos do que a projeção de valores da classe dirigente. Nessas situações, o princípio de "home territories" pelo qual o juiz-mediador se permite uma visão relativizadora para ajustar-se aos "costumes locais" vai água abaixo.

O problema não é simples. Emaranhando-nos cada vez mais nas "contradições da sociedade de classes", vemos que não há, de fato, saída fácil. Pois, se em princípio estamos advogando um reconhecimento da especificidade cultural dos grupos populares, em termos da fórmula "diferença + igualdade", essa postura não representa uma "solução" pacífica. Quando acionado, este registro arrisca se manifestar como paternalismo complacente; quando deixa de ser conveniente, é rapidamente esquecido.

**Outros mediadores**

Uma maneira inovadora para atenuar os problemas de distância que separam os mediadores de justiça e seus "clientes" foi esboçada pela Prefeitura Municipal de Porto Alegre na forma dos Conselhos Tutelares. Esses Conselhos, conforme orientação do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), teriam

como função principal zelar pelos direitos da criança e do adolescente. Composto de cinco membros eleitos em cada "microregião", os oito Conselhos gozariam de uma certa autonomia de decisão nos casos rotineiros. É evidente que, como corte de pequenas causas, aberta à participação e acessível à grande maioria de cidadãos, essa instituição representa um avanço da sociedade democrática. No entanto, é bom lembrar que, mesmo aqui, há tensões inevitáveis, tornando necessária a renegociação constante de valores.

Aparecem no Conselho Tutelar, não sem freqüência, adolescentes queixando-se do autoritarismo dos pais: a menina impedida pela sua mãe de namorar o menino de sua escolha, o menino obrigado pelo pai a trabalhar como aprendiz no negócio familiar... Em outras épocas (e outras classes) podia-se imaginar que estes pais estavam simplesmente desempenhando seu papel socializador — evitando mais uma gravidez na adolescência, proporcionando uma educação profissional para complementar a escolar... No caso da família pobre, no entanto, há uma certa tendência a pressupor a necessidade de tutela para trazer os pais às atitudes e comportamentos "adequados". O simples fato de os Conselhos serem implantados em zonas pobres, atendendo uma clientela oriunda principalmente dos grupos populares reforça a idéia de que são essas as pessoas que precisam de tutela. Como no caso francês (Meyer 1977), o Estado desloca suas atenções da "criança perigosa" para a "criança em perigo", impondo controle, à guisa de tutela, à família pobre. Ironicamente, ao ameaçar desmoralizar a autoridade tradicional dos pais (e não somente os que são abusivos ou negligentes), o ECA enfraquece a própria instituição familiar que pretende proteger.

A partir de pesquisas no Rio Grande do Sul, onde foram implantados os primeiros Conselhos Tutelares da Criança do país, podemos ver quão delicado é o trabalho do conselheiro que deve constantemente levar em consideração dinâmicas familiares particulares ao grupo para não cometer uma injustiça contra os adultos e solapar a família que pretende fortalecer[15].

Os juristas, exaltados com suas leis progressistas, podem deixar a impressão de que basta uma boa legislação para transformar a sociedade. E certamente a qualidade das leis é importante. Entretanto, tenho a convicção de que a lei por si só não basta. Se o ECA está transformando a sociedade é devido, entre outras coisas, à imensa movimentação que ocorreu antes dele — para chegar à proposta de lei — e depois — para colocá-lo em ação. Esta movimentação, é preciso dizer, foi orquestrada, ao nível dos *grassroots* — por professores de escola, assistentes sociais, pedagogas, psicólogas, etc. trabalhando junto aos juristas. Já ouvi um operador de justiça lamentar o fato de que o ECA "perde" algo de sua pureza ao ser re-elaborado por estes diversos grupos. Poderia-se revidar que, pelo contrário, a transformação social provocada pelo ECA decorre justamente do "diálogo" entre os agentes da sociedade civil e as leis que regem seu comportamento. Trata-se não de uma implementação mecânica mas sim de uma participação ativa. Todas essas pesquisas e todas as discussões desse seminário parecem reforçar essa conclusão: para promover a justiça social, é preciso não somente aperfeiçoar as leis, mas também responsabilizar os mediadores, exigindo deles um trabalho criativo e consciente de interpretação que leve em consideração, antes de tudo, a heterogeneidade de mundos simbólicos na sociedade de classe.



Enfim, a natureza complicada, cambiante e situacional de fatores tais como raça, gênero e classe torna quase impossível a criação de leis que garantem por si só a justiça. A experiência mostra que não devemos depender exclusivamente de princípios abstratos para atingir nossos objetivos. A lei vem, sempre, filtrada através do olhar dos "operadores da justiça". Isto não é necessariamente um problema. Muito pelo contrário. Pois são estes agentes do judiciário, abertos ao diálogo, que podem garantir o respeito pelo espírito da lei dentro de cada contexto concreto, pesando diferenças, obrando para a igualdade.

## Notas

[1] Ver o trabalho de Foucault (1977) e seus colaboradores (Donzelot 1977, Meyer 1977) que, ao estudar os últimos duzentos anos, descrevem o árduo processo de "disciplinamento" das famílias pobres.

[2] Ver, sobre padrões familiares no Brasil: Samara 186, 1987, Silva 1984, 1995, Priore 1997, Fonseca 1995, Dias 1984, Venâncio 1986.

[3] Nos países nórdicos - Suécia, por exemplo - esta cifra chega a 50% (Segalen e Zonabend 1986).

[4] Segalen e Zonabend 1986, Gullestadt e Segalen 1995.

[5] Segalen e Zonabend 1986: 659.

[6] Segalen 1986: 506.

[7] Corrêa 1982.

[8] Durham 1978.

[9] Ver Rosaldo 1995, Strathern 1988, e Stolke 1990.

[10] No pensamento evolucionista do século XIX, essa inferioridade era vista em termos físico-morais: era o sangue, ou a raça ou a degenerescência (devido a alcoolismo, sífilis) que explicava a miséria. Teorias sobre oligofrenia não se distanciam muito desse quadro.

[11] Ver Barsted 1987. As pesquisas de Esteves (1989) também são interessantes porque mostram claramente que, em queixas de sedução, a mulher negra tinha muito menos chances de ganhar sua causa contra o sedutor.

[12] Ver Fonseca 1997 para maiores detalhes.

[13] Ver Cardarello 1996.

[14] Houve um esforço, na atual legislação, de corrigir erros do passado trocando a noção de *tutela* pela de *direitos da criança*. Há bons motivos para insistir na sofisticação de conceitos. No entanto, existe uma assimetria na relação entre adultos e crianças que é inegável. Se quisermos travar políticas justas, temos que entender a natureza dessa assimetria para saber como lidar com ela.

[15] Ver o trabalho de Ribeiro (1996) em que estou baseando boa parte das minha observações.

## Bibliografia


ARIES, Philippe. 1981. **História social da criança e da família.** SP. Zahar.

BARSTED, Leila Linhares. 1987. "Permanência ou mudança? O discurso legal sobre a família". In **Pensando a família no Brasil: da colônia à modernidade.** Rio de Janeiro: Espaço e Temp. UFRRJ.

CARDARELLO, Andrea. 1986. **Implantando o Estatuto: um estudo de um modelo próximo ao familiar para crianças institucionalizadas na FEBEM**. Tese de Mestrado, PPG em Antropologia Social, UFRGS.

CORRÊA, Mariza. 1982. "Repensando a família patriarcal brasileira". In **Colcha de retalhos: estudos sobre a família no Brasil.** São Paulo: Brasiliense.

COSTA, Jurandir Freire. 1979. **Ordem medica e norma familiar.** Rio de Janeiro: Graal.

DIAS, Maria Odila Leite da Silva. 1984. **Quotidiano e poder em São Paulo no século XIX.** São Paulo: Brasiliense.

DONZELOT, Jacques. 1977. **La police des familles.** Paris: Editions de Minuit.

DUARTE, Luiz Fernando.1986. **Da vida nervosa nas classes trabalhadoras urbanas.** RJ. Zahar.

DURHAN, Eunice. 1978. **A caminho da cidade.** Sao Paulo: Editora Perspectiva.

ESTEVES, Martha. 1989. **Meninas perdidas: os populares e o cotidiano do amor no Rio de Janeiro da Belle Epoque.** Rio de Janeiro: Paz e Terra.

FONSECA, Claudia. 1995. **Caminhos da adoção.** São Paulo: Editora Cortez.

_____1997. "Ser mãe, mulher e pobre". In A história das mulheres no Brasil. (Mary Del Priore, org.) São Paulo: Editora Contexto.

FOUCAULT, Michel. 1977. **Histoire de la sexualité: I. La volonté de savoir**. Paris: Gallimard.

GULLESTAD, Marianne e Martine SEGALEN. 1995. **La famille en Europe: parenté et perpétuation familiale.** Paris: Editions La Découverte.

RIBEIRO, Fernanda Bittencourt. 1996. **A inserção do Conselho Tutelar na construção do problema social da infância e da adolescência**. Tese de Mestrado. PPG em Sociologia, UFRGS.

ROSALDO, Michelle. 1994. "O uso e abuso da antropologia: reflexões sobre o feminismo e o entendimento intercultural. **Horizontes Antropológicos** n.1.

SAMARA, Eni de Mesquita. 1986. **A família brasileira.** São Paulo: Brasiliense.

SAMARA, Eni de Mesquita. 1987. "Tendências atuais da história da família no Brasil" In **Pensando a família no Brasil** (A.M de Almeida et al.). Rio de Janeiro: Espaço e Tempo (UFRRJ).

SARTI, Cynthia. 1996. **A família como espelho: um estudo sobre a moral dos pobres.** Campinas: Editora Autores Associados/FAPESP.

SEGALEN, Martine. 1986. "La révolution industrielle: du prolétaire au bourgeois." In **Histoire de la famille, vol.3: Le choc des modernités.** Paris: Armand Colin.

SEGALEN, M. e Francoise Zonabend. 1986. "Familles en France". In **Histoire de la famille, vol.3: Le choc des modernités.** Paris: Armand Colin.

SHORTER, Edward. 1975. **The Making of the Modern Family**.New York: Basic Books.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. 1995. "Mulheres brancas no fim do período colonial. **Cadernos pagu 4**: 75-96.

_____. 1984. **Sistema de casamento no Brasil colonial**. São Paulo: EDUSP.

STOLCKE, Verena. 1990. "Sexo is to gender as race is to ethnicity." Comunicação apresentada à 1 Conferência da European Association of Social Anthropologists, Coimbra.

STRATHERN, Marilyn. 1988. **The gender of the gift: problems with womena and problems with society in Melanesia**. Berkeley: University of California Press.

VENÂNCIO, Renato Pinto. 1986. "Nos limites da Sagrada Família: ilegitimidade e casamento no Brasil colonial". In **História e sexualidade no Brasil** (Ronaldo Vainfas, org.). Rio de Janeiro: Graal.

**Domingos Dresch da Silveira**

*Procurador Regional da República e Professor da Faculdade de Direito da UFRGS nas disciplinas de Direito da Infância e Juventude e Direito Agrário.*

Vou me propor falar hoje um pouco sobre a construção do conceito de cidadania infantil, traçando alguns dos descaminhos que levaram a criança da condição de menor a cidadão.

Quando tentamos descobrir a criança na história, vamos ver que ela vai aparecer só em data muito recente. Se tomarmos o lugar da criança, por exemplo, na organização social e jurídica romana, veremos que era um nada. Ela não existia enquanto cidadão, enquanto sujeito de direitos, não existia sequer enquanto detentora do próprio direito de viver, já que seu pai, de quem dependendia economicamente, tinha com relação a ela um poder de vida e morte.

Então, essa primeira idéia nos coloca bem o lugar social da criança, e mais do que isso, o lugar jurídico da criança, como o lugar da inexistência. Curiosamente, se nós tentarmos encontrar a criança em outras expressões, como nas obras artísticas e na literatura[1], por exemplo, veremos que o lugar da criança não é representado, ou quando aparece, é como um **pequeno adulto**, pois estava vestida como adulto, fazendo coisas de adulto, trabalhando com se adulto fosse.

Portanto, não tinha uma identidade própria, diferenciada como criança propriamente dita. Ela era um pequeno adulto em processo de crescimento. Isso pode parecer um pequeno detalhe, mas, é nesses "pequenos detalhes" que conseguimos reconstruir um pouco a forma de pensar, a cultura, a história e o lugar social de determinados sujeitos em outras épocas. Nós vamos perceber que também no direito, sobretudo no Direito Penal, a criança não tinha nenhuma diferenciação do adulto. O fato de ser criança lhe dava apenas o privilégio de redução da sanção aplicável, mas ela cometia o crime da mesma forma como adultos e a sua pena era cumprida no mesmo lugar e juntamente

com os adultos. Essa é uma situação que hoje podemos achar muito distante de nós, mas isso acontecia, como regra no planeta inteiro, há menos de cem anos. Esse processo da construção de direitos de crianças, como o próprio direito à vida da criança, é algo que tem uma história de não mais que cem anos.

Até mesmo a questão do infanticídio, esse poder dos pais sobre a vida dos filhos, ainda no século XVIII, não era considerado exatamente crime. A figura jurídica dos maus tratos, usados pelos pais na educação e correção dos filhos, aparece apenas no primeiro código penal desse século. A figura dos maus tratos é que vai dar o limite jurídico a esse poder de correção dos pais com relação aos filhos. Portanto, não é algo tão distante assim essa situação dos pais matarem os próprios filhos no "processo de educação", sem que fosse considerada uma prática anti-social[2].

A propósito, a primeira intervenção, pelo menos dos registros de que se dispõe, da esfera pública na esfera privada tentando limitar e controlar a ação dos pais com relação aos filhos, ocorreu em 1875, na cidade de Nova York, com a menina Mary Helen, onde a sociedade protetora dos animais daquela cidade entrou com um pedido, ao juiz local, para que fosse tirada essa menina do poder de seus pais em função da forma como ela vinha sendo tratada, com constantes e violentos espancamentos. Portanto foi preciso que a sociedade protetora dos animais, que já eestava organizada, embora não existisse sociedade protetora das crianças, para assegurar a sua integridade física. Isso em 1875, nos Estados Unidos, cuja a situação, já naquela época, era bastante diferente da nossa. Basta lembrar que a escravidão era um dado de cultura.

O processo de diferenciação da criança do adulto tem como marco incial a primeira legislação específica, que foi editada na Noruega em 1896, em que se estabeleceu as bases daquilo que depois passamos a conhecer e a denominar como doutrina da situação irregular. É nessa virada do século, até os anos trinta, mais ou menos, que se difunde pelo nosso mundo ocidental a idéia de que as crianças têm que ter uma tutela jurídica diversa, tem direitos diversos dos adultos, devem ter uma proteção diferente da dos adultos, devem ser tratadas pelo direito penal de forma diversa das dos adultos e portanto não praticam delitos da mesma forma como os adultos os praticam.

Mas há uma indagação em torno disso: o que leva a essa diferenciação, por que se chegou a essa diferenciação? Uma primeira razão que surge com clareza é a necessidade de incorporar essas crianças ao processo produtivo. Era importante que, em relação a elas, se tivessem normas que diferenciassem, que se protegessem da atuação dessas crianças, até para que elas não tomassem de forma absoluta o mercado de trabalho dos adultos: essa é uma primeira possibilidade de interpretação dessa situação.

Agora, mais do que isso, o que me parece interessante é que essas legislações surgem pensando não na criança enquanto um todo, mas sim para



tutelar problemas de um determinado tipo de criança, que é a criança que vai ser chamada não mais de criança, mas de "menor", que invariavelmente está identificada com a fração da infância excluída da Escola. A "criança da escola", a "criança da família" tem tratamento diferente daquela criança que não é criança é "menor" é a "criança da rua" é "criança da família do pobre", da família do trabalhador, a criança que foge, portanto, do modelo que a lei elege.

Se analisarmos o artigo segundo do Código de Menores (1979), nós vamos ver que na verdade a definição jurídica do que seja "menor em situação irregular" é algo tão amplo, tão vago, que poderia abranger toda a infância pobre. Havia inclusive, figura que hoje não existe mais, da perda do pátrio poder se os pais não tivessem condições materiais de garantir aquele padrão, aquele modelo do menino que está na escola, em última análise, do menino da classe média, do menino de revista, do menino bonitinho e corado, os pais que não conseguissem, portanto, dar sustento, educação para seus filhos, poderiam, perder o pátrio poder. Assim, do ponto de vista jurídico se negava o que afirma o ditado popular que "os filhos são a riqueza dos pobres".

O que tínhamos, fundamentalmente, era a odiosa distinção: "menino" é o que eu tenho lá em casa, "menor" é aquele que está na rua. Menor é o filho do pobre, e é a esse que se destina a tutela do Estado, uma tutela que, em nome da concessão de proteção, buscava a correção, o que significa colocá-lo dentro do padrão "menino-família-escola".

Essa distinção que a lei fazia, tornava desnecessárias as garantias processuais: ampla defesa e a própria garantia de só ser preso em flagrante ou mediante ordem judicial. Enfim, as garantias mais elementares que estão escritas em todas as constituições latino-americanas, até mesmo na constituição do regime ditatorial do Haiti, só vieram a ser reconhecidas para a infância no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Até então esta criança (que não era criança era "menor"), estava protegida pela mão quase que sacrossanta do juiz de menores. A própria teoria de então dizia que ele era uma figura de juiz-pai, que tinha que ser o quanto possível o pai daquelas crianças e, portanto, o protetor, aquele que asseguraria a elas a reprimenta necessária a sua formação e educação, a proteção necessária que importava tirar das ruas ou dos pais e colocar nos orfanatos ou nos reformatórios. Portanto diante desse juiz-pai, não se precisava de defesa técnica. Por que ter na justiça de menores um acusador que diria "ele fez isso ou aquilo" ou um defensor que tentaria proteger a criança? A idéia era que diante daquele juiz, "que queria só o bem da criança", não era necessária acusação que definisse os limites do que estava sendo imputado a essa criança e tampouco um defensor que tentasse garantir ou justificar as razões que a levaram a praticar o ato contrário à disposição normativa.

Sobre a figura do Juiz de Menores, um comentador do código de

Mello Mattos (1927) dizia: "Cada qual dos juizes deve ser um juiz calmo, amorável, dedicado ao seu sacerdócio. juiz-pai. Eis a expressão que melhor deveria caracterizá-lo: nada de afetação prejudiciais, nada de inquirições públicas, nada de acusação e de defesa. O critério adaptado é este: segregar o acusado do público, principalmente dos outros menores; não admitir, senão em casos similares acusação que busca sempre entenebrecer o quadro, aumentar a culpa do acusado, nem a defesa que, procurando atenuar a mesma culpa, poderá levar ao cérebro do menor, a convicção de que o fato de que se faz réu, é uma ninharia, um nonada, uma ação trivial perdoada que ele poderá repetir à vontade entregue às suas paixões sem receio de punição".

Em síntese, a criança não era sujeito de direitos e deveres, estava sujeita apenas "à misericórdia, à caridade, à bondade do estado". Ela era sujeito apenas de pena e não de direitos.

Esse quadro modifica-se inteiramente com a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente(1990). Essas normas vão assegurar, pela primeira vez, um conjunto de direitos a esse pequeno cidadão que passa a ser a criança e o adolescente. Essas normas consagram alguns limites importantes, básicos, dentro dos quais é possível minimamente falar em cidadania infantil, em criança e adolescente como **sujeito de direito.**

Nós vamos encontrar em termos de direito, dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente, algo que me parece extremamente poético, que é a colocação no regime jurídico da Liberdade Infantil, o direito de brincar. Está lá, no artigo 7º, assegurado dentro das liberdades da criança; uma delas é o direito de brincar.

Quando tomamos o artigo 4º do Estatuto, temos definido o núcleo central de deveres do Estado perante a criança, bem como deveres da família, da comunidade, da Sociedade em geral e do poder público. Prevê-se que deve ser assegurado, **com absoluta prioridade**, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte e ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar comunitária. O que que significa isso? Isso na verdade ao meu ver, é a definição jurídica de felicidade, porque se tem direito a tudo isso, e há obrigação do estado de garantir a efetivação desses direitos. Então, na verdade temos essa criança, esse cidadão de papel, garantido em palavras de forma extraordinária e temos uma realidade, absolutamente acachapante que desconstitui e nega na prática todos esses direitos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição nos colocam numa situação curiosa, porque, ao contrário das outras leis, ela nos trouxeram também alguns mecanismos de efetivação dos direitos assegurados, fundamentalmente os instrumentos judiciais, sobretudo ação civil pública, bem



como a obrigação de atuação, extrajudicial, do Ministério Público na área da infância. É importante que se enfatize que as atribuições conferidas ao Ministério Público devem significar o direito da sociedade de cobrar que ele efetivamente as exerça para que possa ser, em realidade, o guardião das liberdades democráticas.

Outro aspecto peculiar foi a criação dos Conselhos de Direito e dos Conselhos Tutelares que atribui à Sociedade, a função de proteção, de construir soluções em cada local, em cada região, tirando, portanto, uma parcela de poder do juiz, que até então cumulavam o poder de jurisdição e de administração da problemática infantil. Talvez aí se explique um pouco das dificuldades que vamos encontrar no relacionamento do judiciário com os Conselhos Tutelar e de Direito (sobretudo Tutelar porque ele tem essa função executiva), porque esses conselhos retiram do juiz uma parcela de poder muito significativa aquele poder que era exercidofora dos autos. Tira, talvez, a parcela do poder do judiciário mais deliciosa: a parcela do exercício de prerrogativas que dentro da tripartição tradicional dos poderes tem sido atribuída a outros poderes que não o judiciário.

Esse é um hábito muito comum nesse país; as pessoas dizem que não basta estar escrito na lei e na constituição para que aquilo seja direito. Essa distância entre a norma positivada, entre a garantia escrita em lei, e a realidade social tende a dar mais valor para as dificuldades e obstáculos na aplicação efetiva das normas.

Parece-me que o estatuto aponta para algo que é muito rico, que esboça um pouco da utopia em termos da infância e da juventude, algo que se tem muito (quase tudo) a construir mas que enquanto norma rompe com aquela concepção anterior em que se dava um poder praticamente de vida e morte sobre o corpo do menor, sobre a vontade do menor e se atribui àquela expressão de vontade desse pequeno cidadão, um valor que absolutamente não tinha. A vontade, o querer, a expressão, o desejo do menor não valiam nada. Nós pegamos o nosso código civil e vemos que antes dos 16 não se é nada. Hoje, sua vontade tem que ser ouvida a todo momento, ao menos processualmente. Mais do que isso a partir dos 12, quando adolescente, a sua vontade passa a ter um poder extraordinário. Se nós pegarmos apenas um exemplo, o caso da adoção, vamos ver que não basta a vontade dos pais para que a criança seja adotada. Se ela não quiser, ela não vai ser adotada pelo príncipe Charles para ser retirada de uma vila de Porto Alegre, para ser colocada no trono da Inglaterra. Inverte-se uma lógica absolutamente perversa que era de equiparar a menor, criança à coisa. Mas vejam que, apesar desses direitos escritos em palavras, nós vamos encontrar na expressão do povo do direito e sobretudo nas decisões judiciais, ainda a velha cabeça do serviço de proteção do menor: a velha cabeça da doutrina da situação irregular nós vamos encontrar curiosamente se nós abrirmos os repertórios de jurisprudência. Isso é um pequeno detalhe, mas um detalhe

significativo em si: a figura criança - adolescente aparece esporadicamente, mas se nós procurarmos pelo verbete "menor" nós encontraremos centenas ou milhares de referências, ou seja, a identificação nos livros do povo de direito, ainda é feita no velho paradigma do menor. Mudou a lei, si , mas há muito ainda pra mudar em termos concretos. O que me parece interessante e rico no Estatuto da criança é que ele nos coloca um conjunto de princípios, nos desenha uma utopia e nos dá alguns instrumentos interessantes de construção dessa nova realidade infantil que são os Conselhos, o instrumento da participação social e o instrumento de algumas medidas judiciais pontuais que me parecem ricas, como as ações civis públicas na efetivação dos direitos consagrados em palavras.

[1] As idéias desenvolvidas nessa exposição foram concebidas por **PHILIPPE ARIÈS**, no livro ***História Social da Criança e da Família***, 2a. ed., Guanabara-Koogan, RJ, 1981.

[2] A propósito, vale lembrar o livro de **EMÍLIO GARCIA MENDES e ANTÔNIO CARLOS GOMES DA COSTA, *Das Necessidades aos Direitos,*** editora Malheiros, SP, 1994. Partes significativas de nossa exposição decorrem diretamente dessa obra.



# A sacralidade da vida e o aborto: idéias (in)conciliáveis?[1]

**Silvia Pimentel**

*Professora de Direito na PUC/SP e coordenadora nacional do CLADEM - Comitê Latino Americano para a Defesa da Mulher.*

O título acima parece expressar um absurdo inquestionável. Entretanto, o livro do grande jurista Ronald Dworkin representa um exemplo concreto de como um hino à sacralidade da vida pode ser um argumentação favorável à livre decisão da mulher em relação ao aborto.

O que pretendo com essa resenha?

Absolutamente fascinada pela coragem e brilhantismo de Dworkin — um dos mais destacados juristas de nossa época — ao lidar com temas tão fundamentais e definitivos para o ser humano, foi com uma espécie de deslumbramento que, ao ler suas intrincadas páginas, fui descobrindo paulatinamente o seu pensamento a respeito da questão do aborto. Importa esclarecer que esta descoberta é como que o resultado de um esforço interpretativo enquanto leitora crítica, pois o estilo do autor prima por apresentar um conjunto de argumentos e contra argumentos, sempre na terceira pessoa.

Este "deslumbramento" se explica por dois motivos, dentre outros.

A par de ser um texto literariamente magnífico, representa o empenho de um homem, jurista de formação liberal, em trabalhar um tema complexo e difícil, que tem dividido a opinião pública mundial. Sua voz independente — desvinculada de instituições religiosas e do movimento feminista — não apenas representa uma posição pouco presente/inusual nesta enrijecida arena de debates, mas o esforço criativo de alguém que, por guardar uma certa distância — *un certain recul* — que os franceses sempre entenderam ser essencial a um boa

análise, é capaz de trazer luzes ao empedernido embate.

O autor espera que o livro sirva como exemplo de um gênero ora esquecido: um ensaio argumentativo que enfrenta questões teóricas, mas que começa e permanece orientado por uma temática moral, de importância prática e política.

É claro que pode parecer estranho especialmente para nós do movimento de mulheres, que um livro sobre aborto e eutanásia, escrito por um homem, jurista de posicionamentos liberais, possa trazer argumentos que contribuam para nossa luta pela legalização do aborto.

A junção de dois temas tão difíceis poderá, no entender de alguns, mais atrapalhar do que ajudar movimentos de política jurídica. Entretanto, é acreditando na necessidade da superação do impasse, advindo de uma pseudopolarização entre correntes "próvida" e "anti-vida", que julgo valioso trazer ao debate este estudo. Estudo este que não nega a nenhum dos dois lados, muito pelo contrário, a possibilidade de estarem ambos lutando por algo que tem subjacente a idéia de sacralidade e inviolabilidade da vida. Esta crença do autor é que o leva a admitir que este tipo de entendimento criaria condições de maior tolerância entre os defensores de opiniões opostas e, assim sendo, de um convívio mais civilizado e respeitador das liberdades individuais.

Menos do que uma resenha de seu livro no sentido de apresentar um relato minucioso que possa passar ao leitor uma idéia mais aproximada de sua obra, o que farei a seguir é ressaltar algumas das idéias expostas, que me pareceram ser inovadoras e valiosas ao debate sobre o aborto.

O conceito de aborto significa, basicamente, matar deliberadamente um embrião humano em via de desenvolvimento. Portanto, trata-se de uma complexa, moral, social, existencial e intrincada questão sobre a vida e a morte.

O aborto, assim como a eutanásia, passa pela escolha da vida e da morte. Talvez fosse o caso de se perguntar: escolha de que vida? Escolha de que morte? Escolha de que morte/vida?

Por isso mesmo, essa escolha tem sido condenada e defendida por milênios. Mas, segundo Dworkin, nunca houve argumentos tão apaixonados, tão abertos, ainda que tão divididos. Como atualmente nos Estados Unidos e na Europa. A seu ver, a guerra entre os grupos antiaborto e seus oponentes, é uma nova versão americana da terrível guerra civil de religiões na Europa dos seiscentos. Na América, A religiosidade se mescla de uma forma explosiva ao movimento progressista de mulheres, que visa a emancipação feminina das concepções religiosas tradicionais quanto às suas responsabilidades e sexualidades.

Marco histórico é o caso de Roe v. Wade de 1973. A Corte Suprema declarou inconstitucional (7 votos a 2) a lei sobre o aborto no Texas, que o considerava um crime, exceto quando praticado para salvar a vida da mãe.



Afirmou ser inconstitucional a lei de qualquer Estado que proibisse o aborto para proteger o feto nos primeiros dois trimestres de gravidez.

Em 1992, a corte Suprema se pronunciou sobre o caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey*, apoiando a tese central de Roe v. Wade. A decisão ainda corre perigo.

Recentemente, foram lançados vários livros buscando uma *base comum* para essa questão, mas isto parece algo surrealista. Enquanto uns pensam que o feto humano já seja um sujeito moral, desde o momento da concepção, uma criança não nascida, outro pensam que um feto apenas concebido é um mero conjunto de células sob a direção não de um cérebro, mas apenas de um código genético; não ainda uma criança, assim como um ovo recém fertilizado ainda não é uma galinha

Esta afirmação não nos permite vislumbrar se se embasa:

1) na tese segundo a qual o feto já possui interesses e direitos próprios desde a concepção ou 2) na tese segundo a qual o feto, desde o momento da concepção, encarna uma forma de vida humana que é sacra, tese que não implica que o feto tenha interesses próprios. Como se pode ver, essa ambigüidade é bastante complexa. Importa, portanto, compreendê-la.

**A vida humana se inicia com a concepção?**

Os cientistas divergem sobre o momento exato no qual se inicia a vida biológica de qualquer animal, mas parece inegável que um óvulo humano fecundado seja um organismo vivo identificável, pelo menos, a partir de seu implante no útero, o que ocorre aproximadamente 14 dias úteis após sua concepção. É, entretanto, inegável que as células que compõem um embrião implantado já contêm o código biológico que governará o seu sucessivo desenvolvimento físico.

A insistência no sentido de que um feto é um ser humano, por parte daqueles que se opõem ao aborto, pode simplesmente ter a intenção de indicar este inegável fato biológico. Deste fato, não se segue que um feto tenha direitos ou interesses tais que façam com que o governo possa ter a responsabilidade de protegê-lo. Esta é uma questão ulterior, de natureza moral, mais do que biológica.

**Questão demasiadamente ambígua para ser útil**

"O feto ser ou não ser um ser humano desde a concepção ou em qualquer outro momento sucessivo da gravidez é muito ambíguo para ser útil."

Questões cruciais dependem dos problemas morais, conforme Dworkin, e devem ser consideradas de modo direto e não ambíguo.

Em qual momento uma criatura adquire interesses e direitos?

Quando é que a vida de uma criatura humana encarna valor intrínseco e com quais conseqüências?

Para responder a estas questões cruciais não é necessário decidir se um feto é um ser humano desde a concepção ou quando se torna ou, ainda, se o processo é gradual ou súbito.

É feto uma pessoa?

Para Dworkin, trata-se da questão ainda mais insidiosa, porque o termo **pessoa** possui grande variedade de usos e significados que podem facilmente confundir-se.

Esta questão deve ser deixada de lado, não porque não possa encontrar resposta ou porque esta seja de natureza metafísica. Mas porque **é muito ambígua para ser útil.**

**Questões que devem ser colocadas, porque úteis**

Devem ser colocadas as questões morais fundamentais já mencionadas: o feto tem interesses que devem ser protegidos pelo direito, inclusive o direito à vida? A vida do feto deve ser tratada como sacra, tenha ou não o feto interesses?

Estas são as questões que contam.

O autor usa o termo pessoa em sentido prático e indaga se o feto é pessoa constitucional. Neste caso, questiona Dworkin, a Constituição Dá a ele direitos iguais aos das crianças e aos dos adultos?

Há, portanto as seguintes controvérsias a serem tratadas:

1ª) se o feto tem duas características relevantes: **Interesses** — inclusive o de continuar vivo — **e direitos** — a proteção a tais interesses;

2ª) se o aborto é moralmente equivocado, não porque seja incorreto ou injusto contra alguém, mas porque nega e ofende a sacralidade e inviolabilidade da vida humana.

Para quase todos, liberais e conservadores, grupos e indivíduos, católicos e feministas, na verdade, a discussão sobre o aborto é do segundo tipo.

É uma discussão sobre **como** e **porque** a vida humana tem um valor intrínseco e sobre o que isto implica para as decisões pessoais e políticas sobre o aborto.

Tomar consciência deste fato esclarece o debate e também contradiz conclusões pessimistas no sentido de que a discussão é irrelevante e/ou infrutífera.

**Valor Intrínseco**

O **sacro**, tanto sob a interpretação convencional religiosa quanto sob a interpretação laica, assume o aspecto inviolável.

Dworkin afirma que a vida humana não só tem valor intrínseco, mas é sacra. Em seu entender, a maior parte das pessoas aceita a sacralidade da vida, mas diverge, de formas complicadas, sobre quais são as suas implicações com referência ao aborto.

A questão do aborto é um problema universal de moralidade política.



Cada comunidade deverá considerar os valores intrínsecos, tanto em casos de decisões coletivas, quanto de escolhas individuais.

A idéia de que a nossa vida tem uma valor intrínseco e inviolável, ao mesmo tempo nos une e nos divide de uma maneira profunda e coerente - porque a concepção própria de uma pessoa sobre o que esta idéia significa irradia-se através de toda a sua vida.

Embora Dworkin enfatize a dicotomia conservadores/liberais, ele mesmo admite que se trata de uma **classificação de certo modo arbitrária.**

Alguns católicos conservadores chegam a admitir uma separação entre a Igreja e o Estado; outros admitem a noção de privacidade e liberdade. Portanto, há conservadores de certo modo tolerantes. Há, até aqueles que admitem algumas exceções à proibição do aborto, como o caso em que a mãe corre risco de vida, o caso de anomalia fetal grave e mesmo outros.

Não há dúvida, entretanto, que há os radicais.

Quanto mais exceções os conservadores admitem, mais torna-se claro que eles, de fato, não pressupõe que o feto seja uma pessoa com direito à vida.

Por sua vez, a tese liberal não pressupõe, simplesmente, a negação de que o feto seja uma pessoa com direito à vida. Pressupõe que estão em jogo outros valores mais importantes. Inclusive, a maior parte das pessoas que se considera liberal, a propósito do aborto, sustenta tese moderada e complexa.

Vale repetir, pois assim procede o próprio autor ao longo de seu estudo, que a **tese central do trabalho** é a de que o debate sobre o aborto se dá em relação ao intrínseco valor da vida humana e não sobre os direitos e interesses do feto. Em seguida, o autor aponta algumas idéias relevantes sobre o tema, de religiões tradicionais e do movimento de mulheres, a seu ver, os dois grandes pólos em oposição neste debate.

O **movimento anti-abortista**, conduzido por grupos religiosos, usa linguagem religiosa e com freqüência invoca Deus. Os **católicos** têm a liderança. Grande parte dos argumentos religiosos não se baseia na Idéia de que o feto é uma pessoa com direitos. A base é outra: cada vida humana tem um valor intrínseco e sagrado que se deve buscar não sacrificar. Sempre é sugerido ou afirmado que este valor sagrado e intrínseco tem uma origem particular: a vida humana é considerada como a suprema criação de Deus.

No **judaísmo** há duas vertentes principais: uma rigorosa tradição, que só admite exceção para salvar a vida da mãe, sua saúde ou bem estar pessoal, e outra corrente bem mais liberal, que admite várias outras exceções.

Atualmente, a condenação do aborto, especifica da Igreja Católica, é um contra-exemplo da tese principal desenvolvida por Dworkin, e está exposta na Instrução A Respeito Da Vida Humana Nascente E A Dignidade Da Procriação, publicada em 1987 pela Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé do Vaticano, com o consenso do Papa: "Cada ser humano tem direito à vida e à integridade

física desde o momento da concepção até à morte".

Ressaltando o autor que essa posição é de pouco mais de um século e não é aceita, parece, pela maioria dos americanos, refere-se à tese de Gary-Wills: a maior parte dos católicos chegou à conclusão de que os chefes religiosos perdem a luz da razão quando se trata de questões de sexo.

No Brasil, pesquisa encomendada pela Comissão de Cidadania e Reprodução à Datafolha, e realizada em julho de 1994, corrobora esta tese.

Foram entrevistados 2.074 pessoas, entre católicos praticantes e não praticantes, nas capitais de São Paulo, Distrito Federal, Recife e Pará. Aos entrevistados foi feita a seguinte pergunta: "Quando você toma decisões sobre questões de reprodução você segue a orientação de padres e pastores ou não?

A essa pergunta foram dadas as seguintes respostas:

Por parte dos católicos praticantes:

- 11% seguem;
- 8% seguem em parte;
- 81% não seguem.

Por parte dos católicos não praticantes:

- 3% seguem;
- 3% seguem em parte;
- 94% não seguem.

Referindo-se ao **feminismo**, o autor afirma que os argumentos e estudos feministas não estão fundados apenas sobre a negação de que o feto é um pessoa ou sobre a tese de que o aborto seria moralmente lícito mesmo se o feto fosse uma pessoa. Mas também sobre aquela posição positiva que reconhece o valor intrínseco à vida humana.

Salienta que há importantes diferenças no interior do movimento feminista em relação há vários temas, havendo, inclusive, feministas "pró-vita".

Catherine Mackinnon, famosa jurista da Universidade de Michigam, sustenta que o argumento do direito à privacidade pressupõe aquilo que ela considera uma distinção falaciosa entre questões que seriam, em princípio, de **esfera privada**, como as relações sexuais e as decisões do casal, que o Estado não deveria tentar regular ou intervir, e as questões da **esfera pública**, como as políticas econômica, externa, sanitária, sobre as quais o Estado deve obviamente legislar.

Mackinnon entende que esta distinção é equivocada e perigosa para as mulheres e apresenta duas ordens de consideração. A primeira, no sentido de que tratar o sexo como uma questão privada implicaria em o Estado não ter interesse legítimo em relação ao que ocorre com a mulher no leito conjugal, onde podem ser vítimas de violências físicas e sexuais. A segunda consideração é no sentido de que pareceria implicar que o Estado não tem nenhuma responsabilidade de contribuir economicamente para o aborto das



mulheres indigentes, assim como contribuir para sustentar economicamente o nascimento de seus filhos.

Dworkin, contra-argumentando Catherine Mackinnon, afirma:

1) o direito à privacidade não presume que as mulheres são livres em suas decisões sexuais; ao contrário, é concordando com o fato de que existe a submissão referida por Mackinnon que Dworkin considera importante que a Suprema Corte garanta à mulher um direito ao controle do uso do próprio corpo;

2) a privacidade tem dois sentidos: o territorial e o de confidenciabilidade. Há também um terceiro sentido de soberania sobre decisões pessoais particulares específicas. O autor vai ainda além quando admite que o reconhecimento desse direito constitucional à mulher, de determinar como seu corpo deve ser usado, é um pré-requisito e não uma barreira para futuras demandas. Aliás, a garantia por parte do governo a essas demandas é condição para que o direito constitucional não seja meramente ilusório;

3) Há um argumento de Macknnon e outras feministas que Dworkin entende bastante cogente: "sustentar a fundamentação constitucional da privacidade para o aborto torna a gravidez similar a outras situações muito diferentes desta que é **única**", cita a poeta Adriane Rich em relação à unicidade e à especialidade da gravidez, onde ela diz algo como: "a criança que eu carrego dentro de mim por nove meses não pode ser definida nem como eu nem como não eu".

Dworkin admite que ignorar a unicidade da relação entre a mulher grávida e o feto e negligenciar a perspectiva materna assimilando esta situação a várias outras — o que, de certa forma, pode ser entendido dentro da tese da privacidade — torna obscuro o papel criativo da mulher durante a gravidez.

Dworkin entende, enquanto **tese feminista** mais peculiar e fundamental, o fato de a subordinação sexual da mulher deve ser posta no centro do debate sobre o aborto. Este fato é extremamente significativo, pois poucos, lamentavelmente, são os homens que manifestam posição neste sentido.

Trabalhando, ainda, com idéias de Mackinnon, Dworkin salienta outro argumento que ele considera potente: a importância intrínseca de uma nova vida humana pode bem depender do significado e da liberdade do ato que a criou.

Comentado este argumento, Dworkin diz que a gravidez é muito freqüentemente o resultado não da capacidade criativa, mas de uma subordinação não criativa e que, também, os custos da gravidez e da educação dos filhos são iniquamente distribuídos.

Destacando a relevância dos argumentos feministas, Dworkin cita Robbin West, que insiste no fato de que o feto é uma criatura que tem importância moral e ressalta a responsabilidade da mulher em tomar decisões complexas, cuja valorização cabe a ela.

Dworkin insiste quanto a sua tese central: a maior parte das pessoas

reconhece, mesmo quando sua retórica a isso se opõe, que o argumento real contra o aborto se define pela irresponsabilidade de destruir a vida humana **sem uma justificação de importância apropriada**.

Carol Gilligan realizou uma pesquisa que é analisada por Dworkin. Nesta, os sujeitos pesquisados — mulheres que haviam realizado o aborto — se interrogavam em termos de responsabilidades. Às vezes, de responsabilidade em relação à criança, entendendo-a enquanto hipotética futura criança e não em relação ao embrião existente; queriam dizer que seria incorreto ter uma criança da qual não se poderia cuidar de modo apropriado.

Quando a fala sobre a responsabilidade era em relação a elas próprias, não manifestaram preocupações com o seu prazer ou desejos imediatos, mas a responsabilidade de fazer, de suas vidas, algo com sentido.

A pesquisa induz à conclusão de que as mulheres que se encontram face a difíceis decisões morais mostram-se menos inclinadas a abstrações do que os homens, e sentem uma maior responsabilidade de considerar as outras pessoas, evitando sofrimentos e dores.

Dworkin, referindo-se ao livro de Gilligan, cita a comovente fala de uma das mulheres pesquisadas para ilustrar suas responsabilidade em relação ao mundo: "Não tenho necessidade de pagar ao mundo os meus débitos imaginários com esta criança e não penso que seja justo dar à luz uma criança e usá-la para este objetivo."

Analisando os vários depoimentos das mulheres pesquisadas por Gilligan, Dworkin considera que o aborto diz respeito a um terrível **conflito sobre uma decisão que envolve o valor intrínseco da vida humana**. Cada mulher estava tentando, sobretudo, avaliar a sua responsabilidade face ao Intrínseco valor de **sua** própria vida, colocando a terrível decisão que teve de fazer dentro desse contexto, considerando a decisão de impedir uma nova vida como parte de um desafio maior de mostrar respeito por toda vida, vivendo bem e de forma responsável a sua própria.

Finalizando seus comentários às falas do estudo de Carol Gilligan, Dworkin escreve: "A decisão de abortar não é um problema único desconectado de todas as outras decisões, mas um exemplo dramático e ilustrativo das escolhas que as pessoas devem realizar ao longo de suas vidas, escolhas que representam convicções sobre o valor da vida e o significado da morte".

Significativa e oportuna para a argumentação de Dworkin foi a decisão da Corte Européia para os Direitos Humanos, em 1992, tornando sua tese de que o feto não é uma pessoa com direitos e interesses próprios, e que as leis que proíbem ou regulamentam o aborto podem justificar-se apenas na medida em que se admite que o aborto possa comprometer o inerente valor da vida humana.

Ao longo do livro, Dworkin recorrentemente afirma que não se pode compreender o debate moral, ora difuso no mundo, se é feita uma interpretação



centrada sobre a personalidade do feto. E insiste em que quase todas as pessoas partilham, explícita ou intuitivamente, a idéia de que a vida humana tem valor intrínseco e objetivo.

Importa desenvolver melhor o conceito de sacralidade, entendida esta como inviolabilidade, para melhor compreender a idéia de que a vida humana tem um valor intrínseco.

**O que é sagrado?**

A idéia de um **valor intrínseco** e um *topoi*, lugar-comum, e se coloca em um ponto central no nosso esquema partilhado de valores e opiniões. Mas, não basta dizer que esta idéia é familiar. Aplicá-la ao tema em questão apresenta dificuldades peculiares.

Quais são os critérios de mensuração de respeito ou desprezo à vida humana? Devemos deles nos utilizar ao formular um juízo?

No caso de uma gravidez por estupro, qual a decisão que mostra maior ou menos respeito pela vida humana: uma decisão a favor ou contra o aborto? E no caso de deformidade?

Dworkin acredita que as divergências sobre o aborto, por mais dolorosas que sejam, radicam-se em uma fundamental **unidade de convicção humanitária.**

O sagrado tem valor intrínseco porque existe, é inviolável pelo que representa ou encarna. Não se trata de um valor incremental. Uma coisa é sagrada inviolável quando a sua destruição deliberada desonra aquilo que deveria ser honrado.

Mas, o que torna uma coisa sagrada neste sentido?

Há dois processos pelos quais uma coisa se torna sagrada para uma cultura ou uma pessoa:

1) por um processo associativo ou de designação, ilustrado pelo que ocorre com certos animais do Egito, com as bandeiras nacionais etc.;

2) através da história, pela qual incorporamos processos da criação humana que consideramos importantes e dignos de admiração. Processo análogo ocorre no caso da natureza.

Dworkin entende que se pode mensurar a **vida** e também **a perda da vida** de modos diferentes e indaga se deve ser levada em consideração apenas a **durabilidade** de um vida perdida, sem dar-se atenção à sua **qualidade**.

Segundo Dworkin, talvez somente possamos compreender melhor o complexo e longo espectro de opiniões sobre o aborto, desde a mais conservadora até a mais liberal, ordenando-as, no mérito, sob a gravitação entre as duas formas extremas de frustração: **a frustração do investimento biológico** e a **frustração do investimento humano**.

E aqui reside, talvez uma das análises e argumentações teóricas mais belas e refinadas de Dworkin — nem por isso menos polêmicas — nesse longo,

difícil, tortuoso e, ao mesmo tempo, prazeroso percurso que busca aprofundar o debate a respeito do aborto na sociedade contemporânea. E, aprofundar o debate a respeito do aborto é, antes de tudo, além de uma dilema moral e social, uma questão existencial, na medida em que nos coloca frente a questões de vida e morte, frente a questões do sentido da vida e da morte.

Na verdade, Dworkin está nos colocando diante da seguinte questão: o que seria pior, a frustração do investimento biológico ou humano? O que na verdade está em jogo? O que significa a escolha entre esses "diferentes tipos de investimento"? Que outro tipo de escolha teríamos? O problema gravita, portanto, na ênfase que é dada a cada um destes investimentos.

A ênfase na frustração do investimento biológico, segundo o autor, é aquela dada pelos conservadores, por exemplo, pelos fundamentalistas, pelos católicos ortodoxos ou pessoas que acreditam que Deus é autor de tudo o que existe na natureza.

Contudo, diz Dworkin, como se pôde ver, nem todos os religiosos ou aqueles que veneram a natureza são necessariamente conservadores em relação ao aborto. Muitos são sensíveis e solícitos com relação ao mal intrínseco da destruição do investimento humano da vida e chegam a admitir que em algumas circunstâncias uma mulher poderia escolher o aborto, se ter uma criança pusesse em risco o investimento da mulher em sua própria vida.

Inobstante às duas posições extremas, ou seja, aquelas para quais apenas conta o investimento natural ou apenas o investimento humano, há, na verdade um longo espectro, composto de opiniões diferentes.

Segundo Dworkin, as opiniões se tornam mais liberais e progressivas, portanto, menos conservadoras, na medida em que se dá maior peso a **não frustar o investimento humano na vida.**

A tese mais liberal enfatiza de várias formas que a vida humana é criada não só por forças divinas ou naturais, mas também de modo diferente, todavia central, por escolhas pessoais, educação, empenho e decisão.

Invertendo a ênfase dos conservadores, os liberais consideram crucial o **investimento Criativo na vida**. Investimento que, se possível não deve ser frustrado, pois é processo que se estende bem além da concepção e do desenvolvimento biológico até a vida adulta de um ser humano.

Uma criança que ao nascer frustra a oportunidade da mãe de realizar a própria vida ou coloca em perigo sua capacidade de prover ao resto da família, provavelmente terá também, por esta mesma razão, uma vida mais frustrante.

A abstração que ignora a complexidade e interdependência da vida real, obscurece muito do conteúdo que constitui o contexto sob o qual é tomada a decisão efetiva e concreta.

É um erro compreender o debate sobre o aborto centrado na questão da



personalidade do feto ou de seus direitos. Este debate é mais uma expressão de juízos individuais e nebulosos sobre a razão e o modo pelo qual se manifesta a sacralidade da vida e **sob qual decisão de vida e de morte, em toda circunstância, respeita mais aquilo que é, de fato, importante na vida.**

Há que se esperar, antes de mais nada, não só por uma maior tolerância, mas sim, por um maior salutar reconhecimento: o de que o que partilhamos — o nosso comum empenho na sacralidade da vida — é em si mesmo precioso, um ideal unificante que nós podemos resgatar de tantas décadas de ódio.

O livro de Dworkin, por muito mais do que isso, é uma valiosa, inovadora e importante contribuição ao debate do aborto. Sua argumentação dá um salto de qualidade na discussão do tema, e, como todo conhecimento, reflexão e saber, é passível de ser refutado. Deve, portanto ser atenciosamente lido, conhecido e refletido. Deve, imediatamente, entrar na arena do debate brasileiro sobre o tema. Para que se possa continuar avançando não só na discussão, mas também na atuação político-jurídica e social transformadora.

---

**Notas**

[1]Este texto foi originariamente publicado na Revista Estudos Feministas, volume 2/96.

Feminino Masculino - igualdade e diferença na justiça
*foi composto em Times New Roman 11/13 por Traço Comunicação*
*e impresso na Gráfica La Salle para a*
*Organização Sulina de Representações S.A.*

Porto Alegre, outubro de 1997.

Programa de Formação de Promotoras Legais Populares;
- atividades de divulgação e discussão sobre direito, gênero e mudança social, especialmente entre profissionais da área jurídica;
- participação no movimento de mulheres nacional e internacional.

Como parte de suas atividades, a Themis organizou o Seminário "Feminino Masculino, igualdade e diferença na Justiça". Discutir as manifestações do feminino e do masculino no exercício da justiça, a questão da igualdade e das diferenças foi o desafio que justificou sua realização. Tarefa complexa, que pretendeu descortinar o mito da neutralidade do Direito ao tratar homens e mulheres, especialmente em seus conflitos relacionais. Afinal, quais as concepções que informam as práticas jurídicas? Qual feminino e masculino está em julgamento?

Partindo da idéia de que homens e mulheres são construções da cultura, e não destinos biológicos e de que o Direito não é dissociado dos fenômenos culturais, convidamos você a compartilhar, com esta leitura, as reflexões com as quais nos brindam os diversos autores e autoras do livro.