

CONGRESO i-LATINA. Rio de Janeiro. Julio 2018

GÊNERO E TEORIA DO DIREITO

*Relatoria apresentada por Profa. Cecilia Caballero Lois
(Universidade Federal do Rio de Janeiro)*

Introdução

Esta relatoria se inicia com a citação de Berta Cáceres, líder indígena assassinada em Honduras e lembrada no trabalho *La importancia de la perspectiva de género en la construcción de una teoría general del derecho* de Cecilia del Refugio Palomo Caudillo: “El reconocimiento de los derechos de las mujeres no es un favor, es una obligación del Estado.”

Tanto quanto em relação a outras mulheres, o Estado falhou na proteção de Berta. Ela, que a frente do Conselho Cívico de Organizações e Povos Indígenas de Honduras (COPINH), passou os últimos anos de sua vida lutando contra as 49 hidrelétricas que desrespeitavam os direitos humanos desses povos, teve seu ativismo interrompido pelos agressores que invadiram sua casa e tiraram sua vida em 2 de março de 2016.

O desenrolar do caso de Berta, similar a tantos outros, aponta para o lugar de não sujeito que mulheres, indígenas, LGBTIs, pessoas negras e outras “minorias sociais” ainda ocupam dentro do sistema normativo. Como esperar que as leis e teorias sejam operadas a favor de grupos que, historicamente, são desautorizados a legislar, interpretar, operar esse sistema?

Assim, aliando contribuições que partem de uma epistemologia feminista aplicada ao Direito, pretende-se iniciar a exposição dos trabalhos com a reflexão acerca da subversão de categorias centrais do direito, como o “sujeito universal”, “neutralidade”, “privacidade”, etc. É preciso desprender-se da ideia clássica de um homem universal, que fundamentou a consolidação normativa dos direitos humanos. Por outro lado, não se deve incorrer no erro de tentar definir uma outra categoria universal substitutiva à vigente, mas sim ter em mente que são diversas as identidades contidas nos grupos mencionados, pelos quais perpassam complexidades como aquelas referentes à raça, classe, orientação sexual.

O que uma epistemologia feminista permite, portanto, é uma mudança de olhar que torna o direito mais efetivo e inclusivo, ainda que reconhecidos os seus limites intrínsecos. Um direito que pode ser produzido por Bertas e para Bertas, também.

1. Questões gerais abordadas:

Para este grupo de trabalho, foram recebidos 10 textos, provenientes dos seguintes países: Brasil, França, Peru, México e República Dominicana.

As diversas contribuições presentes nos trabalhos demonstram como as questões de gênero perpassam o direito, desde o momento de sua elaboração, o que reflete na necessidade de uma maior representatividade de mulheres e outras minorias sociais em cargos de poder, bem como na percepção de um esforço maior na formação de um discurso que seja suficientemente inclusivo.

Um ponto marcadamente também presente nas reflexões apresentadas diz respeito à crítica da universalidade e da neutralidade normativas. De modo complementar, questiona-se o papel da jurisprudência e dos aplicadores do direito, investigando-se os limites de sua atuação. Indaga-se, ainda, o papel dos movimentos sociais e das artes na incorporação, ao direito, de subjetividades até então não reconhecidas como sujeitos de direitos – como é o caso das prostitutas e das *trans*.

Também se discute a violência de gênero e o potencial transformador *versus* opressor do direito, colocando-se em pauta um diálogo entre representantes do pós-positivismo e de correntes diversas dos estudos sobre gênero.

2. Abordagens metodológicas

Os trabalhos apresentados, além de compartilharem de uma perspectiva que coloca em pauta a necessidade de uma epistemologia feminista, trazem a análise de casos, a partir da jurisprudência de Cortes Superiores e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que permite visualizar os argumentos e as teorias apresentadas na prática discursiva dos referidos órgãos. Há, ainda, uma análise de produção cinematográfica, que problematiza a relação entre o direito e a construção da identidade *trans*. Em sentido semelhante, há também diálogos com a literatura, ampliando a análise da História das mulheres para além do olhar jurídico.

3. Principais contribuições

3.1 A violência de gênero

Como destaca Rocío Villanueva Flores, no Peru, 68.2% das mulheres alguma vez casadas ou em união estável sofreu algum tipo de violência por parte do esposo ou companheiro. Villanueva acrescenta ainda que, segundo as estatísticas oficiais do

Ministério Público peruano, entre 2008 e 2017, 1.051 mulheres morreram vítimas de feminicídio, sendo que 80% destes crimes foram cometidos por seus parceiros ou ex-parceiros. Entre as principais causas dos feminicídios, o ciúme ou a decisão das mulheres de se separar foram destacados.

Perspectiva parecida é encontrada no Brasil, onde, segundo destaca o trabalho de Saada Zouhair Daou, uma mulher é vítima de violência doméstica a cada 7.2 segundos e uma mulher é estuprada a cada 11 minutos. Esses dados condizem com o relatório produzido no final de 2017 pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), em parceria com a ONU Mulheres, o qual afirma que a região da América Latina e do Caribe é a mais violenta do mundo para ser mulher. Segundo o relatório, dois em cada cinco feminicídios cometidos na região são resultado da violência doméstica.

3.2 A identidade *trans* e o Direito

O trabalho de Camila Saran Vezzani questiona se o direito a dignidade humana e à própria identidade, englobando a questão sexual e de gênero, é vivenciado em sua plenitude na vida de uma pessoa *trans*. Para responder a essa questão, a autora propõe uma análise da produção cinematográfica chilena intitulada “Una Mujer Fantástica”. Através da história de Marina, personagem central da obra e *trans*, pode-se analisar como se dá a construção dessa identidade, bem como verificar como certos eventos ganham contornos jurídicos distintos quando uma das partes envolvidas mostra-se, de alguma forma, uma resistência ao padrão heteronormativo socialmente aceito e disseminado.

Vezzani aponta que o direito pode servir como um mecanismo de vetorização de normalização. Assim, o saber jurídico é articulado pelas estruturas de poder, que ditam as verdades a serem adotadas. Vezzani, ainda, retoma a teoria de Judith Butler, ao apontar que a categoria humana não é universal, mas, na verdade, um resultado de negação que pressupõe o não humano ou aquele humanamente impensável. As normas de gênero exigem, portanto, que as identidades respeitem a coerência biológica de sexo/gênero para serem socialmente inteligíveis, pois em contrário, serão obrigadas a habitar zonas de abjeção. Talvez por entender isso, a autora do trabalho sugere, a personagem principal da obra analisada e outras *trans* evitem instituições que poderiam fazer valer certos direitos. Pois exatamente as mesmas instituições terão sobre elas o olhar de “não humanas”.

3.3 Qual é a história das mulheres que está sendo contada?

O trabalho de Saada Zouhair Daou destaca que os relatos feitos pelos livros de História do Direito costumam omitir a história das mulheres. A autora levanta alguns fatores que contribuíram para esse cenário, como o confinamento das mulheres (brancas) ao espaço privado/doméstico, o difícil acesso à escrita e a prevalência dos sobrenomes masculinos nos registros históricos.

Daou menciona a Revolução Francesa, quando as mulheres, tendo lutado ativamente ao lado dos homens, foram excluídas das conquistas. A Declaração dos direitos do homem e do cidadão eram efetivamente só do homem e do cidadão, não das mulheres. Olympe de Gouges, que ousou contestar tal injustiça, escrevendo a Declaração dos direitos da mulher e da cidadã, foi guilhotinada.

Em sentido complementar, o trabalho de Natasha Pereira Silva trata de questões referentes à prostituição, recorrendo a um resgate histórico do controle dos corpos das mulheres e da prostituição no final do século XIX e início do século XX, com atenção ao contexto brasileiro escravagista. Como narra a autora, o posicionamento de muitos daqueles que eram a favor da escravidão era antagônico à exploração do serviço sexual de escravas. Um tipo de moralidade vigente na época indicava que obter lucro através da prostituição de uma escrava era algo condenável – ainda que ocorresse com frequência.

Vislumbra-se, portanto, em ambos os trabalhos, como os elementos que estigmatizam as mulheres dificultam que a elas também seja dada a oportunidade de elaborar os termos dos próprios discursos, estando sujeitas a uma história contada por terceiros, que às confinam à posição de objeto.

3.4 A atuação das Cortes Superiores e o ativismo judicial

O trabalho de Helen Rose Carlos Rodrigues Guimarães nos convida a refletir sobre dois pontos: a efetivação do direito ao casamento civil e união estável entre pessoas do mesmo sexo, alcançada por meio do Supremo Tribunal Federal (STF) mediante a ADPF/RJ 132 e ADI 4277/DF, e a reação negativa que a decisão gerou no Poder Legislativo, refletida no projeto de lei n. 6.583/2013 (Estatuto da Família) que tramita perante o Congresso Nacional.

Tanto no trabalho Helen Guimarães de quanto no de Cecília Palomo, em que tópico semelhante está presente, encontramos alertas quanto ao excessivo protagonismo das Cortes em casos como o analisado. Helen Guimarães destaca o efeito *backlash* que decisões progressistas da Corte podem causar no legislativo, como ocorreu no Brasil. E sugere uma abordagem mais efetiva para o tratamento desses casos, semelhante ao

observado na Argentina e no Uruguai: considerando a necessidade de discussões amplas sobre questões sensíveis que carecem de legislação, esses dois países procuraram consolidar um consenso social sobre o reconhecimento da união estável e do casamento homoafetivo. Houve uma estratégia com a intenção de ocupar espaços públicos para colocar o tema em discussão, pressionando seus parlamentos. A participação popular se fez presente e o enfrentamento do tema ocorreu no lugar onde precipuamente se abordam os assuntos de interesse social: o Congresso.

3.5 Qual é a função de um juiz?

Em seu trabalho, José Cruceta adverte que aquilo que é observado depende da teoria assumida por quem observa. No campo jurídico, portanto, a teoria do direito que se presume terá uma influência decisiva no ordenamento em geral. A partir desse pressuposto, o autor questiona qual a função de um juiz. Limita-se apenas à descoberta e aplicação da lei ou deveria ser também, pelo menos em certas situações, um participante na criação da lei, no processo de evolução e mudança de lei?

Para investigar essa questão, Cruceta relaciona os diferentes sentidos nas concepções de direito, considerando que juízes de filiação teórica diferente adotaram posturas distintas diante de um mesmo quadro fático. De todo modo, o autor aponta ser desejável que o juiz esteja ciente de sua teoria pessoal de direito. Ou seja, quanto mais você souber suas próprias inclinações e se preocupar com sua legitimidade, maior a adequação das suas falhas. E, assim, cita o aviso que Trías Monge faz quando afirma: “O juiz sonâmbulo caminha por campos minados”.

3.5.1 Alguns problemas da fundamentação jurídica em casos de violência de gênero

Rocío Flores destaca que os problemas mais comuns na argumentação de juízes em casos de violência de gênero, no Peru, incluem os seguintes: a) a valoração das provas, como a declaração da vítima que atingiu maioria legal, b) o conteúdo dos relatórios forenses a que as vítimas são submetidas, c) a falta de conhecimento do direito e o formalismo próprio da cultura jurídica e d) a corrupção da justiça.

Em seu trabalho, Cecilia Palomo também aponta problemas com a argumentação do direito que carece de uma perspectiva de gênero. Ela aponta, a partir das três concepções argumentativas de Atienza (formal, material e pragmática) aplicadas à análise de casos selecionados, que a lógica dedutiva clássica, da maneira como é operada, tende a construir enunciados jurídicos que posicionam a mulher em um segundo plano em relação aos homens. Além disso, destaca que a avaliação das

premissas para identificar a relação entre razões jurídicas e morais possibilita verificar que as últimas, levadas ao extremo, reproduzem critérios discriminatórios. Por fim, a autora destaca que a concepção pragmática de argumentação, enfocando os efeitos que se pretende alcançar quando se argumenta, permite que a teoria geral do direito seja direcionada para uma prática argumentativa mais inclusiva, que alcance a realização do direito à igualdade.

3.6 O sujeito de direito universal e a proteção à Pacha Mama

Em um momento em que se discute a efetividade do conceito de sujeito de direitos, discute-se também o reconhecimento da personalidade jurídica de entes não humanos. Em 2018, a Suprema Corte de Bogotá reconheceu “a Amazônia colombiana” como “sujeito de direito”. Poucos meses antes, o “Gange” e seu principal afluente, o “Yamuna”, na Índia, e o “Whanganui”, na Nova Zelândia, tinham personalidade jurídica reconhecida. O Equador, já em sua Constituição de 2008 dotou a Mãe Terra “Pacha Mama” com esse mesmo status legal. Todavia, o trabalho de Alexandre Zabalza pergunta: atribuir direitos à terra iria de encontro aos direitos humanos?

O autor argumenta que o não reconhecimento, hoje, de que a terra é uma entidade separada (ainda que sem personalidade jurídica), uma condição para a realização de todos os direitos, é, na verdade, o perigo real para a humanidade. Dessa forma, propõe um conceito novo, uma teoria do direito alternativa e complementar às teorias de direito do Estado, fundada em uma filosofia do direito da terra, a qual objetiva e renova as ligações perdidas com as comunidades não humanas. Assim, propõe entender a terra como um bem integral, que deve ser preservado. Isso ultrapassa a concepção clássica segundo a qual a terra seria, no máximo, um “objeto” sobre o qual incidem direitos.

Como discorre o autor, a abordagem do direito público, construída em torno da soberania do Estado, desdobra uma lógica de ordenamento territorial, em que se sobrepõem diferentes formas de territorialização e divisão dos respectivos poderes, o que inclui a regulação de propriedades públicas e privadas. Já a abordagem do direito privado (contida no Código Civil Napoleônico, que inspirará muitas legislações francesas e latinas), associa a terra a algo descrito como “propriedade imóvel por natureza”.

Na doutrina clássica, por sua vez, a terra é o solo, o edifício não construído, uma parte limitada da crosta terrestre, uma parcela do território nacional, etc. Obscurece-se a dimensão da terra como um recurso natural e ambiental. Dessa forma, se a lei primeiro percebe a terra como um bem, então ela prossegue para uma série de reduções epistemológicas que acabam desprezando o que a terra de fato é: condição física e

metafísica de nossa existência.

3.7 O Direito como instrumento de dominação e de emancipação

3.7.1 Uma nova concepção do marxismo

O trabalho de Ricardo Urzúa Traslaviña oferece uma concepção não convencional do marxismo, mais aproximada de uma filosofia humanista e analítica, segundo a qual há um problema em nosso *ethos* (tendemos a tratar os demais como meros instrumentos), o que podemos mudar, considerando que isso não é uma consequência necessária de nossa condição humana, mas sim algo externamente causado. Assim, o problema não estaria nas instituições, ou no Estado de Direito, o qual é, na verdade, um reflexo de nosso *ethos*.

Como em nosso *ethos* predomina a tendência de explorar os outros, o mais fácil seria conceber o direito como instrumento de dominação. Mas conceber o direito como instrumento exclusivamente de dominação (como se faz no marxismo clássico) negligencia a outra parte do nosso *ethos*: às vezes reconhecemos as pessoas como nossos iguais, o que nos leva a sermos solidários. Então, o Direito, como instituição humana, teria uma função tanto opressora quanto emancipatória.

Uma maneira de fortalecer o potencial emancipatório seria aumentar a representatividade das mulheres nos cargos do Judiciário. Ricardo explora essa possibilidade através da teoria de Nancy Fraser, propondo uma paridade de gênero por meio da redistribuição, através de medidas temporárias nesse sentido. Todavia, alerta que redistribuir os cargos não é suficiente para solucionar o problema, que possui raízes mais profundas.

3.7.2 A filosofia do limite de Drucilla Cornell

O trabalho de Alegnaya Campos traz contribuições acerca da teoria de Drucilla Cornell. Em sua “Filosofia do Limite”, Drucilla mobiliza sua teoria como ideal possível para a reformulação da ética social de forma a possibilitar a emancipação do outro, a expressão da diferença, deixando-o livre do polo de subordinação. Na concepção da autora, o poder jurídico-geracional do direito de criar novas concepções jurídicas o torna algo mais que mero mecanismo de controle social. A partir de uma ótica jurídica empática, inerente ao poder jurídico-geracional do Direito, de criar e unificar entendimentos através da estabilização de patamares, não se pode negar, portanto, o importante papel dos princípios jurídicos em conciliar visões normativas divergentes e

criar padrões generalizáveis. Por outro lado, tendo em vista a inescapável violência, que em desconsideração da diferença permeia o sistema jurídico, o desenvolvimento principiológico pode, ao menos, minimizar a expressão destas violências, mesmo que infiel a uma relação ética, ou pelo menos infiel a uma relação ética plena ou ideal.

4. Problematizações propostas

Diante da diversidade de temas apresentados, porém tendo em conta os pontos comuns verificados nos trabalhos, são propostas as seguintes reflexões: i) no que diz respeito à violência de gênero, em que medida mudanças na formação jurídica podem contribuir para um melhor acolhimento das mulheres que chegam ao Judiciário, considerando que nossos alunos serão os futuros operadores do Direito?; ii) qual o papel que os homens, seja enquanto operadores do Direito, seja enquanto acadêmicos, podem assumir em um contexto de grave opressão das colegas mulheres?; iii) que ações efetivas podem realizar enquanto aliados na luta pela alteração desse quadro?; iv) qual a importância de que as feministas brancas cis heterossexuais, especialmente as que vivem em países ditos “centrais”, reconheçam seus privilégios e proponham também ações efetivas no sentido de incluir mulheres negras e LGBTIs?; v) há lugar na academia para que vozes que têm sido historicamente subalternizadas contem suas próprias histórias e proponham soluções para questões que consideram relevantes?