

O Direito como uma figura do *Poder*: interlocuções com a Filosofia feminista da atualidade¹

The Law as a Figure of Power: Dialogues with contemporary Feminist Philosophy

Magda Guadalupe dos Santos²

Yasminn Barbosa³

Resumo

Este artigo versa sobre as possibilidades de análise da relação teórica entre Filosofia e Direito, tomando-se como referência os conceitos de *Poder* e de *Bem* que subsidiam o entendimento doutrinário das questões políticas e de *gênero* historicamente delineadas na cultura. O Direito em voltas com a figura do poder, lida com objetos culturais, e os fabrica por meios de leis e normas. Visa-se aqui analisar como a inserção do Direito nas relações de poder emoldura a cultura em suas próprias determinações, tornando o poder, na esteira de Aristóteles, como algo que se impõe na sociedade política como “causa eficiente”, devendo, contudo, encontrar na “ordenação da razão, que é a lei, a sua causa formal e sua legitimação”. No processo de amadurecimento histórico das relações jurídico-políticas, entende-se que este deve ser um *poder legítimo*, no qual a *força* deve ser regida pela *justiça* e pela *equidade*, à procura do *bem*, mas de variantes de entendimento de bem, tal como arguido pelas teorias feministas que provocam a crítica na complexa relação entre identidade e diferença, universalidade e singularidades éticas.

Palavras chave: Poder, Bem, Diferença, Identidade, Feminismos.

¹ A ideia central deste texto foi apresentada em congresso de Teologia, Filosofia Ciência, organizado pela FAJE em 2011. A estrutura textual e a composição do artigo foram frutos de interlocução com a bolsista de pesquisa FIP-PUC Minas -a graduanda Yasminn Barbosa-, durante a vigência do projeto entre 2014-2015.

² Professora Doutora do Departamento de Filosofia e da Faculdade de Direito da PUC Minas. COREU. Pesquisadora de teorias feministas e questões de gênero. Integrante do Grupo de Pesquisas GPFEM. PUC Minas e coordenadora do Grupo de Estudos sobre Filosofia Feminista GEFF. FMD. PUC Minas.

³ Graduanda em Direito pela Faculdade Mineira em Direito. PUC Minas. Bolsista de pesquisa FIP 2014-2015. Integrante do Grupo de Estudos sobre Filosofia Feminista. GEFF. FMD. E do Grupo de Pesquisas. GPFEM. PUC Minas. Monitora de Teoria Constitucional da FMD- COREU no ano de 2016.

Abstract

This paper is concerned with the possibilities of analysis of the theoretical relationship between philosophy and law, taking as reference the concepts of power and good that subsidize the doctrinal understanding of the policies and gender issues historically outlined in culture. The law related to the figure of power, deals with cultural objects, and manufactures them by means of laws and regulations. The aim of this paper is to analyze how the insertion of law in power relations frames culture in its own determinations. It makes power in the wake of Aristotle, as something that is necessary in political society as "efficient cause" having, however, to find in "sort of reason, which is the law, its formal cause and its legitimacy". In the historical maturation process of legal and political relations, it is understood that this should be a legitimate power, in which the force should be governed by justice and equity, in search of good, but of variants of understanding of good, such as pointed out by feminist theories that provoke criticism in the complex relationship between identity and difference, universality and ethical singularities.

Keywords: Power, Good, Difference, Identity, Feminisms

Introdução

O Direito é palco de análises e determinações variadas acerca do lugar do indivíduo nas situações concretas políticas e intersubjetivas. Os sistemas jurídicos que codificam amplamente esse lugar são também sistemas lógicos e deontológicos que assumem as condutas dos indivíduos frente a outros e de todos e de cada um frente ao Estado. Tais sistemas se estabelecem como prática social discursiva específica e dotam de sentido as condutas humanas, convertendo em sujeitos aqueles que estão sob a égide de seu poder de convencimento e de suas prescrições legais de conduta. Pode-se mesmo entender que apenas alguns, determinados como sujeitos de direito, é que podem votar e ser votados, contratar, reconhecer filhos, transmitir e herdar bens, como bem observa Alicia Ruiz (2000b, p.13). O Direito é molde de controle formal e material da cultura e, enquanto “um discurso social, participa no processo de construção da realidade”, prescrevendo normas de conduta, operando de forma a naturalizar “certos vínculos e relações, por meio de mecanismo de legitimação de alguns deles” (RUIZ, 2000b, p 11).

Mas o Direito é também o *tópos* histórico dos desafios político-sociais, transitando em busca de segurança jurídica em cada era, de clareza, de certeza nas relações patrimoniais que deveriam garantir, ao longo dos tempos, o projeto do *Welfare State*. Na atualidade, as relações jurídicas mostram-se também voltadas para um movimento em busca de maior proteção à pessoa humana e, para tanto, reconhece-se, embora de forma paradoxal, que situações outrora à margem do Direito, apontadas como pertencentes ao campo do não-jurídico, merecem ser tomadas em consideração.

Tal reconhecimento é paradoxal, já que se fixa em normas ontológicas e deontológicas. O Direito é um conjunto de princípios que regem as ações humanas e que se depara com o seu inelutável emolduramento em institutos jurídicos com regras prontas e que parecem intangíveis. Ao mesmo tempo, o Direito *deve ser* dotado de uma dimensão da equidade atenta a princípios históricos apreendidos na dimensão da cultura, tais como os da *identidade* e da *diferença*, em vários âmbitos, inclusive nas questões de *gênero*, que possibilitam tanto ao sujeito político, quanto ao sujeito individual, encontrar-se a si mesmo e pleitear sempre os patamares da cidadania.

Para a compreensão do *ser* e do *deve-ser*, molda-se um sistema jurídico com significados que vão se alterando ao longo dos tempos. No âmago desse sistema, princípios e conceitos ganham relevo normativo e seu sentido se prende à variação axiológica de situações histórico-culturais. Nunca é demais retornar aos velhos mestres, valendo lembrar aqui a menção de Del Vecchio a Kohler: o Direito é, antes de tudo, “um fenômeno cultural”, já que à vida, “conformada pela cultura, pertence um direito especial” e a cada direito haveria de corresponder, por sua vez, a “uma vida conformada pela cultura” (DEL VECCHIO, 1965, p.11).

1. O Direito enquanto uma figura de poder: bases epistemológicas.

Para se pensar a relação entre Filosofia e Direito, é preciso, antes de mais nada, determinar a base epistemológica em que a análise poderá se desenvolver. De fato, tenciona-se analisar tal relação, sob o foco interpretativo do Direito como uma figura de *poder*, sobre a base de uma hermenêutica e epistemologia feminista. Nesse sentido, parece necessário ressignificar os fins fundamentais do Direito, tanto em campo político, quanto no âmbito da civilidade, não nos satisfazendo com a “suposta autonomia e pretensa igualdade” dos indivíduos entre si e perante o Estado (FACHIN, 2003, p.11).

No que tange à flexibilidade das relações jurídicas, que dão o foco de orientação do perfil humano em determinada sociedade temporalizada, é preciso ousar acreditar no seu não-aprisionamento em dimensões estanques, fixas aos ditames da lei, mesmo que seja para apenas lastimar aqueles não reconhecidos ou mesmo os excluídos, tal como observa Fachin (2003, p.8). Nos contrastes da história, merecem ser respeitadas as *diferenças*, tanto em dimensão pública, quanto em dimensão privada, tentando encontrar “mais responsabilidade que propriedade, menos posse na formação epistemológica do núcleo familiar”, assim como dos pilares institucionais, para então trilhar pelas vias da performatividade contemporâneas, tal como entende Judith Butler, sempre em complexas bases de legitimação e exclusão (BUTLER, 2008, p.47)).

A partir do que se consideram conquistas sociais e políticas na contemporaneidade e, em especial, nas sociedades ditas democráticas, a feição da cidadania e a preocupação pelo bem coletivo são pontos de relevo para a compreensão da identidade humana. As idealidades parecem estar firmadas e o Direito, signatário da idéia de *nómos*, retomando a história, deve permitir, tal como escreve Henrique Cláudio de Lima Vaz (2002), que se busque uma “proporção entre a lei ou medida (*métron*) interior”, o que equivale àquela que rege as ações individuais, e “a lei da cidade que é propriamente *nómos*”, a qual por sua vez legitima a “participação equitativa (*eunomia*) dos indivíduos no bem que é comum a todos e que é o próprio viver-em comum” (VAZ, 2002, p.205).

Dessa perspectiva, que valida o ideal normativo, deve-se considerar que as leis transparecem o que as pessoas constroem para si e de si mesmas, nos lugares que ocupam no âmbito privado e público, moldando o mundo ao seu redor. Desse mundo de embates, de afetos, de perdas e conquistas, vê-se surgir a complexidade das sociedades políticas e do seu envolvimento com o Direito como uma figura de *poder*. No momento em que ações ou omissões sejam permitidas ou proibidas, ou apenas dotadas de impedimentos, seguindo de perto as profundas análises da magistrada argentina Alicia Ruiz (2000a), o Direito acaba por revelar justamente “onde reside o *poder* e como ele está distribuído na sociedade” (RUIZ, 2000a, p.21). Além do que, conforme Sérgio Giskow Pereira, citando Miguel Reale, a ciência do direito é “ciência cultural, que lida com objetos culturais, segundo métodos consentâneos de abordagem” (PEREIRA, 2004, p. 25).

Desta feita, a vinculação do Direito com as relações de *poder* apenas aguçam sua tônica cultural, na medida em que, conforme ainda Vaz, na esteira de Aristóteles, o

poder é algo que se impõe na sociedade política como “causa eficiente”, a saber, como aquilo que a faz se mover, devendo, contudo, encontrar na “ordenação da razão que é a lei a sua causa formal e sua legitimação” (VAZ, 2002, p.207). No processo de amadurecimento histórico das relações jurídico-políticas, e em todo o processo de democratização político-social do Ocidente, passa-se a entender que este deve ser um *poder legítimo*, no qual a força deve ser regida pela *justiça* e pela *equidade*. Mas quais são as vias de legitimar o próprio poder? Como torná-lo um poder não-arbitrário?

Se o poder, enquanto força, é intrínseco à conotação de lei e de direito, tal como observa Jacques Derrida em *Força de Lei* (2007, p.18), não se pode mesmo desconsiderar a condição mística de sua autoridade, a sua autorregulação enquanto força que deve ser seguida, pois justa, apenas por ser forte. Para além de certo ceticismo das teorias da *Desconstrução*, essa é sem dúvida uma questão que perpassa os tempos do existir humano. Muito mais que uma razão ordenadora, o discurso jurídico, que regulamenta as divisas do *poder*, sempre se demonstra como um discurso eivado de historicidade e ideologia, sendo também aquele que atribui ao imaginário cultural o seu teor de ficções, na medida em que reproduz aquilo sobre o qual jurisdiciona. Tal como entende Judith Butler, a lei produz e mascara a noção de sujeito anterior à lei, mas torna essa “premissa fundacional” algo naturalizado a ser posteriormente legitimado na hegemonia que regula a própria lei (BUTLER, 2008, p.48).

Este discurso jurídico, que articula diferentes níveis de abordagem e que “desloca e distorce o lugar do conflito social” e torna possível ao Direito se instalar como “legitimador do *poder*” (RUIZ, 2000a: 21), tomando-o como *neutro* ou como dotado de equidade, mascara, inclusive, e de alguma forma, “parte importante de si mesmo” (RUIZ, 2000a, p.20). O fato de que interfere na vida dos indivíduos, quando outorga ou recusa algo, criando expectativas ou causando frustrações, e quando estatui as qualidades de mulher e de homem, de pai e de cônjuge, de filha e de indivíduo capaz ou legalmente incapaz reforça o imaginário cultural e o aprisiona a uma dimensão jurídica bastante enfática. De forma geral, o Direito agrega ou elimina sentidos nas identidades sociais e individuais, por meio de seus discursos, que, gradualmente, nos vão convencendo de que somos o que a lei determina que sejamos, instituindo-nos como sujeitos em posições ocupadas no mundo. Somos, assim, sempre mulheres de alguém ou solteiras, vítimas, filhas, mães, adúlteras, separadas, devedoras, insolventes, companheiras e por isso, tal como entende Butler, nada há anteriormente à lei, e todos a

ela se submetem, aceitando serem governados e por ela legitimados em suas ações (BUTLER, 2008, p.48).

Na sua instância de *poder*, o Direito deixa claro, por um lado, a sua relevância cultural, na construção da subjetividade jurídica vinculada aos ditames normativos. Mas tal relevância é pensada e atua no interior de situações históricas e sociais específicas, que tornam possível a criação de novos sentidos que se constroem também pela contingência fática, pela situação vivenciada a cada dia.

2. O Direito e suas certezas de *poder*

A ordenação e coerência do discurso jurídico visam sempre a gerar confiança e segurança para todos que por ele se orientam. Em sua busca por autossuficiência, seu senso de justiça corresponde a uma relação entre formas racionais de construção e de transmissão – e, dessa perspectiva, o Direito se confunde com a própria lei. Todavia, lembra Alicia Ruiz (2000b), seu poder está concentrado na possibilidade única de se dizer o Direito em variados níveis, seja por meio dos órgãos autorizados para a criação das normas, seja por meio da doutrina e dos próprios operadores do Direito, seja, finalmente, por força dos mitos e crenças que se alojam no imaginário social.

Nesse complexo triádico, o Direito é bem mais do que a lei. Para Alicia Ruiz, este é o que organiza um “conjunto complexo de mitos, ficções, rituais e cerimônias”, que visam a “fortalecer as crenças que ele mesmo institui e fundamenta racionalmente e que se tornam condição necessária de sua efetividade” (RUIZ, 2000a, p.22). Somente um conjunto dotado de tanta complexidade é que poderia trazer em si uma combinação de razão e mito – e, simultaneamente, mostrar-se como o horizonte histórico de reflexão de tais interseções. De fato, enquanto um sistema jurídico, ele deve satisfazer imperativos diversos, talvez também contrastantes. Segundo entendimento do jurista italiano Francesco Denozza, depara-se, nesse discurso, com uma “contraposição bipolar, na qual, de uma parte – aquela da *justiça* –, figuram valores como paridade de tratamento, certeza, previsibilidade etc.”, e, de outra parte – “aquela da *equidade* –, há valores como tratamento equitativo, abertura para as peculiaridades dos casos singulares, adaptação etc.” (DENOZZA, 1995, p.56). Entre perdas e ganhos, as possibilidades operativas exigem métodos interpretativos que melhor atendam ao complexo de informações a serem analisadas.

Hermenêutica e metodologia são, pois, condições necessárias para entender a complexidade do Direito envolto na figura do *poder*. Na contemporaneidade, quando se ajusta o foco da *justiça* e da *equidade* em função da inserção do indivíduo em uma concepção jurídico-política de bases democráticas, como a que se propõe entre os povos ditos civilizados, a função exercida pelo Direito vê-se, segundo o entendimento de Claude Lefort (1987) e Alicia Ruiz (2000a), plena de indeterminação. A imagem do *poder* parece surgir, pois, como o lugar do vazio e, de forma analógica, aquém ou além da imagem de um *monarca*. Nessa perda de fundamento, própria do mundo contemporâneo e das formas de *poder* que o legitimam, a sociedade reconhece no Direito uma complexa rede de rituais que se servem do plano do simbólico para dar legitimidade à ordem da democracia e significar os atos dos indivíduos que a mantêm (RUIZ, 2000a, p.23). Se a democracia explicita o provisório, o relativo, o mutável e o flexível, sua autoridade estará sempre submetida a todos. Compete, assim, ao Direito trazer garantias de ordenação e de segurança a um contexto fragilizado, por um lado, e enriquecido, por outro, mas que gira em torno tanto de indeterminações, que não se querem absolutistas, quanto de incertezas, que não se requerem ditatoriais.

Desta feita, enquanto ciência, compete mesmo ao Direito trazer *certezas* para que o indivíduo possa assumir, de alguma maneira, o lugar de centralidade a que faz jus nas relações jurídicas. Para o jurista italiano Sergio Cotta (1993, p.319), a pessoa humana seria a única capaz de conferir legitimidade ao Direito, o qual deveria se constituir em “estrutura de paz e de diálogo”, pois é obra da razão e do respeito recíproco inerentes ao ser humano. Na esteira de Tomás de Aquino, pensa Cotta (1993, p. 326) que o Direito, entretanto, não deveria se constituir mais do que em um estado de “mínimo ético”, ou num primeiro nível da moral, não podendo se fazer acreditar em uma estrutura de verdades intocáveis, na qual a centralidade da pessoa seria aviltada. Sua certeza se fixa, pois, na eticidade dos valores reconhecidos como válidos e não na arbitrariedade de suas imposições. E tal é também o entendimento de Miguel Reale na exposição de motivos do Código Civil de 2002, em busca de efetividade ou operacionalidade, no exercício da boa-fé, segundo Saad (2012, p.134).

3. O discurso jurídico e suas feições históricas e axiológicas

Entre desejos e demandas, a figura do *poder*, contudo, sempre se mostra com feições *patriarcais*, ditando inclusive o senso ético e moral sobre o qual se visa

constituir legitimamente, com rígida vigilância no que se refere às questões de gênero, moldando as “limitações morfológicas idôneas que recaem sobre os seres humanos”, tal como pensa Judith Butler (2008, p.24). A lei pode também ser vivida sob pautas de asfixia legitimadas culturalmente, quando se admite que o Direito tem gênero e que, em si mesmo, pode ser pensado como uma estratégia de criação de gênero.

Em estudos sobre a teoria feminista e o discurso jurídico, a criminalista norte-americana Carol Smart (2000, p.34-36) analisa os contornos sociais do Direito e, na leitura da variação temporal de direitos e obrigações, entende que, na diferenciação entre mulheres e homens, o Direito colocou a mulher em *desvantagem*, atribuindo-lhe menor quantidade de recursos materiais nas obrigações do casamento, da separação e do divórcio, não lhe reconheceu danos causados pelo marido, pela violação dos homens, ou pela responsabilidade quase absoluta pelos filhos.

Há, em seu entendimento, modos e focos de se ler o Direito. As teorias feministas foram moldando seu olhar em torno de argumentos que variam do foco interpretativo de que o Direito tem gênero, até nova angulação que entende que o Direito é uma estratégia de criação de gênero. Num primeiro momento, pensa Carol Smart (2000, p.35), é válida a interpretação de que o Direito é um modelo *sexista* – e este foco interpretativo se constituiu como um meio para desafiar a própria ordem normativa. Mas tal foco não traz respostas suficientes. Ao se criticar assim o discurso jurídico, pode-se pressupor corrigi-lo, entendendo-se que todo tratamento a um sujeito jurídico deva ser efetuado de maneira igualitária, alterando-se a linguagem para torná-la cada vez mais neutra, substituindo qualificações como a de esposa para *cônjuge*, a de mãe para *figura parental* etc.

O problema também se constitui na ordem filosófico-jurídica e os meios de resolver litígios e a ordem a eles inerentes podem refletir questões que envolvam soluções voltadas para a construção de uma *cultura sem gênero*, com anulação das diferenças, com a incorporação no Direito de uma terminologia *neutra* de gênero.

Mas os desafios são mesmo culturais, na medida em que o Direito se insere no contexto de uma cultura em que o masculino “segue sendo a medida segundo a qual se julgam as Mulheres” (SMART, 2000, p.36). Assim, não acreditando na simplicidade de condutas, o caminho a ser percorrido em vista de um tratamento mais justo das várias mulheres em campo jurídico-político requer modificações tanto práticas quanto teóricas, e a anulação da diferença sexual apenas ensejaria uma cultura sem gênero, que poderia até mesmo ter por resultado alguma forma de *androginia*.

Carol Smart problematiza mais profundamente a questão e, retomando a jurista Catharine MacKinnon, lembra que também a neutralidade e a objetividade que muito se celebram no Direito são, na verdade, valores masculinos que chegaram a ser considerados universais. Nesse sentido, os critérios aplicados de forma objetiva ao sujeito feminino são, na verdade, masculinos e podem ser utilizados por todos, sejam homens ou mulheres. Assim, ao se insistir na *igualdade*, na *neutralidade* e na *objetividade* do discurso jurídico, se está, de forma irônica, insistindo em julgamentos conformados aos valores *masculino* (SMART, 2000, p.35).

Em relação ao aspecto axiológico do Direito, vale mencionar o entendimento de Anders Vilhelm Lunstedt (1975) de que é mesmo um fato que a jurisprudência, em sua forma de pensar, se funda em juízos de valor. Estes juízos de valor “se distinguem dos juízos propriamente ditos”, na medida em que são “juízos dependentes do sentimento, seja em uma direção positiva ou negativa, da pessoa que realiza o juízo”. Para Lunstedt, o que pode ser denominado como “jurisprudência construtiva” é uma combinação de atividades científicas e valorativas. O termo, no sentido científico, corresponde às avaliações epistemológicas dos problemas e, justamente pela “autopercepção de sua conotação singular, pressupõe um critério científico específico” (LUNSTEDT, 1975, p. 164).

O entendimento de Lunstedt não deixa de ser interessante, pois traz o Direito para uma base de realidade. Mas o olhar crítico do jurista sueco reconhece no Direito, muitas vezes, a pretensão de assumir uma condição de “entidade metafísica”, com profundo impacto no imaginário social. Já para Smart, essa dimensão valorativa ganha maior alcance quando se verifica, no desenvolvimento das leituras feministas, que há um verdadeiro “giro epistemológico” da leitura do Direito como uma figura masculina de *poder*. Não se trata, pois, de olhar o Direito em sua mera dicção *sexista* ou simplesmente *masculina*, mas de girar o foco de leitura e compreender que “o Direito tem gênero” e que se molda, nessa nova chave de leitura, como um “processo de produção de gênero”. Na medida em que se abrem possibilidades de se pensar como opera o gênero dentro do Direito e como opera o Direito na produção do gênero” (SMART, 2000, p.40), diminuem-se os impactos de uma leitura meramente neutra do discurso jurídico.

Embora sob a tônica de um olhar crítico, enquanto uma figura de *poder*, o Direito não pode deixar de ser tomado como “instrumento que dá vida a posturas subjetivas dotadas de gênero” (SMART, 2000, p. 41). Mas é sempre necessário saber ler

em que contexto tais posturas foram criadas. Não é possível se investigarem as leis, pensa Judith Butler (2008, p.102), e suas origens sociais, sem se admitir que o próprio relato das origens seja uma estratégia dentro de uma narração. Assim, ao se explicar uma única história autorizada sobre um passado que não se pode recuperar, faz-se, muitas vezes, “surgir a constituição da lei como uma inevitabilidade histórica” (BUTLER, 2008, p.103).

Nesse sentido, ao se evidenciar a trajetória histórica do *feminino* na cultura, pode-se ali identificar “a Mulher” como uma criação do patriarcado, mas as mulheres formam, tal como os homens, uma composição heterogênea, sendo irreduzíveis a categorias estanques e biológicas. Da ótica histórico-jurídica, as mulheres podem ser apresentadas enquanto “a produção discursiva de um tipo de Mulher”, que varia entre mães, esposas, filhas, criminosas, infanticidas. Mas podem também ser tomadas pela construção discursiva desta “a Mulher” sempre tomada em contraposição ao Homem. Nesse duplo movimento, cria-se uma diferença que resulta num “construto discursivo” (SMART, 2000, p.43) e binário – a Mulher em contraposição a Homem –, no qual a forma corporal sempre supõe uma tortuosidade naturalmente dada. Sem dúvida, a história nos passa uma estratégia produtora de gênero com lugares definidos, nos quais o Homem assume o lugar da almejada estabilidade e legitimidade de uma relação dual, em função da qual e sem a qual a Mulher sempre foi vista como uma *filha sem pai*, uma *mãe solteira*. Diante dessa rede de significados não há mesmo como acreditar na existência de uma “posição política purificada de poder” (BUTLER, 2008, p.31), e justamente por isso as categorias de *identidade* sempre podem estar sujeitas a um instrumento de *poder* ao qual deve se opor ou a ele se condicionar.

Na busca por uma identidade de gênero criada pela estratégia do Direito, encontra-se facilmente, na formação histórica dos estereótipos, a identificação das Mulheres, sejam boas ou más, como dotadas de uma *imbecilidade moral ou de uma debilidade mental*. Nesse sentido, pensa Frances Olsen (2000, p.29), as mulheres são educadas, treinadas e, por conseguinte, julgadas como irracionais e passivas. Muitas das *ações afirmativas* ou *positivas* em favor das mulheres justificam-se enquanto métodos para neutralizar anos de uma pedagogia preconceituosa, com a qual se formou a passividade nas próprias mulheres (OLSEN, 2000, p.30), e como lema de sua identidade. Para tais estratégias ou ações, a *igualdade* ou o tratamento igualitário pode ser o *télos* maior, a meta final que consubstanciará um novo *éthos* político-jurídico e social. Nesse sentido, as especificidades de gênero não podem ser abandonadas, mas a

crença de que as mulheres são irracionais ou racionais, ativas ou passivas, de acordo com sua situação no mundo, deverá ser reconhecida no mesmo patamar axiológico que as relativas aos homens, independentemente de sua origem, etnia, classe ou gênero..

Aqui também se critica, de certa angulação crítica, a hierarquização de competências e de possibilidades ligadas à questão da identidade e da subjetividade. De certa ótica feminista, alegar que os homens são mais racionais, objetivos e universais do que as mulheres nem é algo particularmente admirável, pelo menos nos termos em que se definiu esta ideia pela ideologia dominante masculina. Assim, pensa Olsen (2000, p.33-34), admitir que o “Direito é racional, objetivo, abstrato e universal, e que o racional é melhor do que o irracional, o objetivo é melhor do que o subjetivo” traz certo senso de opressão a uma feição construída sexualmente e que pode dividir o mundo em esferas contrastantes.

Por outro lado, pode-se pensar que a racionalidade, a objetividade e a universalidade podem ser conceitos revistos, para além dos dualismos ético-políticos atuantes historicamente. Em novas propostas da atualidade, *igualdade* ou mesmo *identidade* e *diferença* devem ser tomados como princípios intercambiáveis e contextualizados, para que uma nova leitura do sistema de *poder* possa ser intentada. De qualquer forma, as propostas feministas, em suas variações hermenêuticas, nos ensejam verificar o problema da impossibilidade de se alcançarem juridicamente respostas fáceis e lógicas. Contudo, os avanços se dão de modo sempre mais construtivos e imaginativos, sem que tenhamos necessariamente de aceitar um “pacto de equipotência” (VALCÁRCEL,1993), antes de compreender o valor da relação entre *igualdade* e *liberdade* como princípios que se sustentam mutuamente.

4. O poder, a alteridade e a identidade

Carol Smart (2000 p.65), ao problematizar o Direito enquanto uma construção de gênero, aponta a sutileza da questão e alerta para o perigo de se cair em novas formas de determinismo. Sua produção não pode corresponder a uma ideia de que as Mulheres sejam débeis, inimputáveis, passivas e, a partir desse estereótipo, revitalizar continuamente a desigualdade.

A questão, contudo, não é de fácil assimilação, pensa Alicia Ruiz (2000b, p.18). Já que o impacto do discurso jurídico na definição da identidade feminina é mesmo intenso, os riscos contínuos de uma “recaída essencialista” deveriam ser evitados, sem

se perder de vista um olhar crítico sobre as normas e sobre as imposições do Direito no imaginário social. Há, pois, que se investigar como e em que grau de profundidade “se constitui a ordem social” e qual o lugar que o sujeito de linguagem nela ocupa. De toda forma, homens e mulheres devem sempre ser tomados como atores sociais que ressignificam continuamente o lugar que ocupam na dimensão político-social. Contudo, não há como se pensar na construção de identidades *autopoiéticas*, já que a relação de alteridade, o *outro*, alguns outros – reais ou imaginários – estão sempre presentes, como antagonistas na construção da *aventura humana*. No que concerne especificamente à relação entre mulheres e homens, há de se respeitar as respectivas identidades – masculina e feminina – e o modo como cada uma delas pode ser configurada em relação a si e aos demais. Esta parece ser uma proposta da democracia, mas suas linhas de alcance são complexas.

Lembra Alicia Ruiz (2000b, p.29) que mulheres e homens são reciprocamente “o outro” que se reconhece em sua diferença, sem a qual nem esses homens e nem essas mulheres existiriam ou não seriam o que são. Mas isso não deve ser visto como um confronto inamistoso. Toda diferença pode incidir em certa ameaça de uma identidade. Aqui também a figura do *poder* está presente na constituição de toda identidade e sem a figura do *poder* não haveria *identidade*. O entendimento de Henrique Vaz (2000, p.207) de que é ele, o *poder*, a *força motriz* da sociedade política encontra em Alicia Ruiz especial significado. Para ela, a figura do *poder* não é exterior à identidade constituída no ideal de gênero, mas a integra e a define no tecido social. O Direito é bem o legitimador do *poder* e nele convergem as relações entre identidade e cidadania, envoltas no problema da *igualdade*.

A questão que aqui se coloca é se realmente se pode construir um conceito de cidadania, em bases democráticas, que leve em consideração a complexa relação entre *identidade* e *diferença*. Que se proponha continuamente um ideal de cidadania que possa sempre incluir a *diferença* e a *diversidade* sem pretensões sexistas, hegemônicas, que se volte sempre para a emancipação entre os gêneros, enquanto uma necessidade vital e de sobrevivência da democracia.

No contexto atual, também a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se alicerça em princípios que se ressignificam continuamente e garantem legitimidade ao poder, esvaziado de uma explícita composição – a de poder centralizador, despótico –, mas eivado de uma implícita conotação simbólica – a de garantidor de validade jurídica. Entre tais princípios, o de *isonomia* faz do sujeito de

direitos verdadeiro autor de suas ideias e ações, assim como de sua vontade e patrimônio. Lembra Perlingieri que o respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa “a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria”. Para tanto, pensa o jurista italiano, exige-se atenção ao *sistema* como um todo (PERLINGIERI, 1997, p. 6).

Desta feita, cumpre indagar: seria tal sujeito de direitos verdadeiramente real e racional? Ou opera ele no âmbito da ficção e imaginação, dotando-se de liberdade para escolher suas ações dentro de determinados sistemas de valor e de poder?

De fato, este nada mais é do que alguém marcado pelo mundo jurídico, determinado como sujeito em situação – enquanto mulher ou enquanto homem – em seus atributos morais e situacionais, sempre posicionado em diferentes épocas e lugares e sob variadas orientações teórico-epistemológicas na produção de seu conhecimento. A *situação* é também o lugar do compartilhamento de experiências comuns e de gênero, as quais não estão à procura da anulação de suas *diferenças* – enquanto *masculino* ou *feminino* –, mas de modos de “extirpar a *hierarquia* presente entre elas”, o que se dará por meio das relações jurídicas que devem reconhecer as relações sociais e políticas e as *práticas* de representação. Nesse momento, o que se está invertendo é “o significado de ser mulher ou de ser homem” no seio de uma cultura (BACH, ROULET e SANTA CRUZ, 1997, p.63).

Em termos das ligações políticas e intersubjetivas sustentadas pela dicção jurídica, a dimensão específica da identidade e da subjetividade jurídica se constitui no enfrentamento das *diferenças* de um sujeito, em seu específico *gênero*, frente ao outro. Lembra ainda Alicia Ruiz, na esteira de Hegel e dos existencialistas que o leem, não haver sujeito sem um *outro* e, na verdade, “quem é ‘*outro*’ e quem é ‘*sujeito*’ depende da palavra da lei” (RUIZ, 2000a, p.25), sendo tal palavra a que condiciona o patamar de cidadania. Ser cidadã ou cidadão, capaz de reconhecer-se como sujeito de direitos, é saber e poder fazer uso da palavra, para, nomeando-se, poder construir e escalar os patamares de uma consciência de si como sujeito-cidadão da democracia contemporânea. Nesse sentido e contexto históricos, todo sujeito de direitos deve saber posicionar-se diante da lei, da lei da gramática que nos impõe uma neutralidade – sempre masculina –, diante de princípios correlacionais, tais como o da *igualdade* e, pois, o da *diferença*, que nos ajudam a pensar o horizonte ético-político em que vivemos e o nosso encontro com o *outro*, o outro eu também sujeito de direitos.

Na situação de enfrentamento de um princípio em relação ao *outro*, depara-se também com o sentido de abertura e de mudanças frente a esse ser *outro*, frente à dimensão de *alteridade*, sentido esse que, nos termos de Luisa Muraro, atua como uma “força de natureza simbólica” que invade a intimidade do sujeito em seus “espaços mais familiares e cotidianos e, dali, até os confins do universo. Mais além e vice-versa” (MURARO, 2000, p.46).

Se o direito “participa na configuração dos modelos de masculino e feminino da cultura”, muito tem contribuído para a configuração do estereótipo “Mulher” e é a partir desse estereótipo, conforme Ruiz (2000b, 10), que se compreende “como as regras jurídicas reconhecem ou negam ‘direitos’ às Mulheres de carne e osso”. As formas de discriminação que as mulheres ainda padecem definem os espaços de conflito, nos quais o discurso jurídico cumpre o seu papel. É mesmo numa feição de *alteridade*, concebida como estranhamento e incompletude, que o Direito tem dado guarida a essa personagem, à qual atribui algumas qualidades para lhe negar, então, outras tantas. De fato, o Direito tem consistido em assinalar dispositivos e textos legais que devem ou não ser conservados para a manutenção ou modificação da situação existente (RUIZ, 2000b, p.11). Nesse sentido, complementa a magistrada argentina, quando as mulheres “reclamam por novos direitos e pela superação de situações intoleráveis”, participando do processo de reformulação do ideal de cidadania, estão também modificando suas identidades individuais e coletivas (RUIZ, 2000b, p.11).

Finalmente, vale ressaltar que a relação entre feminismos e cidadania tem sido um tema recorrente nos projetos feministas desde o último milênio. Tais projetos tomam como referência diferentes conceitos de Bem, a fim de problematizar os aspectos normativos, e enfatizam, em sua variação interpretativa, um rol de posições antiessencialistas e críticas. Estas aspiram ao desenvolvimento de um projeto de radicalização da democracia, sustentando-a como “forma mais adequada de expressão da dignidade humana” (VAZ, 2000, p.353), mas que encontra sua significação nas teorias e práticas quotidianas. Não se satisfazendo em ansiar, esperar ou acreditar, os feminismos consideram que, como ponto de partida, na realidade social, também o Direito intervém nas construções culturais. Este é o ponto de partida de Judith Butler ao criticar inclusive uma leitura unitária e até mesmo sexista de gênero fomentada pelo Direito, e que fomenta atributos de gênero e normas de dever ser (BUTLER, 2008, p.50).

Entretanto, no âmago das variantes de teorias e práticas feministas não se pode esquecer que a diferença entre os gêneros pressupõe um respeito recíproco, com a contínua preocupação pela ressignificação de um espaço comum. Embora sejamos integrantes de um mesmo *zôon politikón*, enquanto seres sexualizados, desiguais e não unicamente passíveis de dominação, as diferenças não se camuflam sob o impacto modelador da lei. Já no início do livro V da *República*, Platão questiona se não haveria uma variação de seres até mesmo na classe dos guardiões (PLATAO, Rep. 456 a-d). O Filósofo, por intermédio da figura de Sócrates afirma, na sequência de 456 a-d:

- a) “mas julgo pois que há, como diremos, tanto uma mulher dotada para a medicina (*gynè iatriké*), e outra não, quanto dotada para a música (*mousiké*), e outra não-dotada (*ámousos*) por natureza (*phýsei*);
- b) em seguida, pergunta-se:
“e não há então uma dotada para a ginástica (*gymnastiké*) e para a guerra (*polemike*), e outra não-dotada para a guerra (*apólemos*) nem amiga da ginástica (ou *philogymnastiké*)?”
- c) continua-se com outra pergunta:
“e então? tanto amiga da sabedoria (*philósophos*) quanto inimiga da sabedoria (*misósophos*)? e uma é irascível (*thymoeidés*) e a outra sem ânimo (*áthymos*)?;
- d) assim se chega à conclusão de que **é possível** haver a “mulher guardiã” (*phylakikè gyné*),
pois há as que apresentam a **natureza tal qual** se escolheu para os homens (*toiáuten phýsin*), “exceto em quanto uma é mais débil e a outra mais forte (*plén hósas asthenéstera, he dé iskhurotéra estín*)”

Na *Politeia*, Platão investiga o valor do justo e da justiça e não da liberdade. Sua base axiológica pressupõe que a justiça seja mais importante que a verdade e o valor da diferença se mostra como condição de justiça na povoação da cidade justa.

Para exigir para si a *liberdade* e, pois a *igualdade* na *diferença*, é preciso levar em consideração que o ideal de liberdade seja continuamente repensado e que se tente conquistá-lo “à luz de um projeto em que as razões de agir se descobrem” (BEAUVOIR, 2005, p.67), desde que o preceito de “querer a liberdade não seja apenas uma fórmula oca, sem conteúdo para a ação”. Em sede de contemporaneidade, as bases de teorização se mesclam às práticas de ação e as teorias feministas revisam a tradição em bases críticas e performativas.

As condutas definidas devem ser sempre visadas, para que possamos sempre, como mulheres ou como homens situados no mundo, nos “responsabilizar pelo sentido de nossos atos” (BEAUVOIR, 2005, p.167). Na verdade, para além das *diferenças*, da *igualdade*, da forma e das situações específicas em que nos encontramos, apenas suportamos viver nesse mundo regulado e normatizado porque, conforme Simone de Beauvoir (2005, p.267), para além das vaidades de todas as metas, não nos paralisamos frente a nós mesmas e mesmos, porque sempre contamos com o *outro* que, ambígua e paradoxalmente, nos força a construir e a reconstruir a nossa identidade como sujeitos no mundo, “conferindo sempre valor às palavras, às formas, às leis, aos valores que criamos”. Portanto, é no *por-vir* que pressupõe “a abertura, a vinda do outro, sem o qual não há justiça” (DERRIDA, 2007, p.54), que ainda se pode assentar a noção do Direito e de Justiça enquanto experiência de alteridade e de compreensão da condição da história.

Referência.

AGUADO, Maria Isabel Peña. Estética y feminismo como paradigmas alternativos de racionalidad, **Hiparquia**, Publicación de La Asociación Argentina de Mujeres en Filosofía, v.X, no.1, jul.1999, p.111-134.

BACH, Ana Maria; ROULET, Margarita e SANTA CRUZ, María Isabel. Experiencia e identidad de gênero. **Hiparquia**, v. IX. no. 1. Jul. 1997. p.59-64.

BACH, Ana Maria. **Las voces de la experiencia**. El viraje de la filosofía feminista. Buenos Aires: Biblos, 2010a.

BEAUVOIR, Simone de. **Le deuxième Sexe**. v.I. Paris: Gallimard, 1986 (Folio. Essais).

BEAUVOIR, Simone de. **Por uma moral da ambigüidade**. Tradução: Marcelo J. de Moraes. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005. p.13-128.

BUTLER, Judith. **El gênero em disputa**. El feminismo y La subversión de la identidad. Tradução espanhola M. Antonia Muñoz. Barcelona: Paidós, 2007.

CAVARERO, Adriana. **Nonostante Platone**. Figure femminili nella filosofia antica. Verona: Ombre Corte, 2009.

COTTA, Sergio. La certezza del Diritto. Una questione da chiarire. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, v.34,n.3, mag-giu, 1993, p.329.

DEL VECCHIO, Giorgio. Mutabilidade e eternidade do direito. Tradução Antônio J. Brandão. **Direito**. Doutrina, legislação e Jurisprudência. Rio de Janeiro, v.62, n.15, set. 1965.

DENOZZA, Francesco. La struttura dell'interpretazione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v.I, 1995, p.1-73.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins fontes, 2007.

DIAS, M. Berenice. Todo mundo sabe. In: **Conversando sobre a mulher e seus direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FERGUSON, Ann. Qué son los estudios de La mujer y cuál es su futuro? **Hiparquia**. Publicación de La Asociación Argentina de Mujeres em Filosofía. V.X,No.1, Jul. 1999, p.9-32.

GARAVASO, Pieranna; VASSALLO, Nicla. **Filosofia delle donne**. Roma, Bari: Laterza, 2007.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática**. Os limites da dominação totalitária. Tradução Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1987.

LUNSTEDT, Vilhelm. *El derecho y La justicia: una crítica al empleo de La valoración de La justicia*. Versão em espanhol de Roberto J. Vernengó. In: MONCADA, L. Cabral de et. Al. **El hecho del derecho**. Buenos Aires: Losada, 1975.

MURARO, Luisa. Signos de La diferencia. In: RUIZ, Alicia E.C. (Org.). **Identidad femenina y discurso jurídico**. Buenos Aires: Biblos, 2000. p.45-50.

OLSEN, Frances. El sexo del derecho. In: RUIZ, Alicia. E.C. (Org.). **Identidad femenina y discurso jurídico**. Buenos Aires, Biblos, 2000(b), p.25-43.

OST, François; KERCHOVE, Michel van de. Pensare La complessità del Diritto: per una teoria dialettica. **Sociologia del Diritto**. Milano, v.24, n.1, gen-mar. 1997.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. Tradução M. Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. **Revista da EMERJ** – on-line, Edição especial parte 1, 2002, p. 38-44.

RUIZ, Alicia. La construcción jurídica de La subjetividad no es ajena a las mujeres. In: BIRGIN, Haydée (Org.). **El Derecho en el Género y el Género em el Derecho**. Buenos Aires: Biblos 2000(a). p.19-29.

RUIZ, Alicia. E.C. Presentación. De las mujeres y El derecho. In: RUIZ, Alicia. E.C. (Org.). **Identidad femenina y discurso jurídico**. Buenos Aires, Biblos, 2000(b). p.9-23.

SAAD, Elizabeth M. Fundamentos do Novo Código Civil. Série **Aperfeiçoamento de Magistrados** 13. 10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos Volume I. p. 104-143.

Disponível em:

http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_134.pdf

Acesso em 23.03. 2014.

SANTA CRUZ, María Isabel. Ferminismo y utopismo. **Hiparquia**, v. IX. no. 1. Jul. 1997. p.33-49.

SMART, Carol. La teoria feminista y el discurso jurídico. In: BIRGIN, Haydée. **El Derecho en el Género y el Género en el Derecho**. Buenos Aires: Biblos, 2000. p.31-71.

TARRANT, Shira. **When sex became gender**. New York, London, Routledge, 2006.

VALCÁRCEL, Amelia. **Del miedo a la Igualdad**. Barcelona: Crítica, 1993.

VAZ, H.C.L. Ética e Direito. In: VAZ.H.C.L. Ética e Direito. São Paulo: Loyola, 2002. p.205-242.