



A mulher do discurso jurídico

The Woman of Legal Discourse

Carol Smart¹

¹ Universidade de Warwick, Coventry, Inglaterra. E-mail: carol.smart@manchester.ac.uk

Versão original

SMART, Carol Christine. The Woman of Legal Discourse. In *Social & Legal Studies*, Vol. 1, 1992, p. 29 – 44. [Os direitos autorais foram adquiridos pelas tradutoras e concedidos para publicação na Revista Direito e Praxis]. A versão original deste artigo foi apresentada em 16 de maio de 1991, no formato de Palestra Inaugural, quando assumi (temporariamente) a Cátedra Belle van Zuylen, na Faculdade de Estudos Feministas na Universidade de Utrecht, Holanda. O estilo oral foi mantido.

Tradução:

Alessandra Ramos de Oliveira Harden

Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil. E-mail: oliveira.ales@gmail.com.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2473-057X>.

Fernanda de Deus Garcia

Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil. E-mail: fernanda.deusgarcia@gmail.com



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Introdução¹

A teoria feminista sociojurídica tem se desenvolvido de modo instigante e (felizmente) polêmico nos últimos vinte anos. É possível afirmar, com relativa segurança, que os progressos observados nessa área se equiparam aos desdobramentos do pensamento feminista em outros campos. Esse paralelo não deveria ser motivo de espanto; contudo, o direito suscita, para a teoria feminista, questões intelectuais e políticas bastante específicas, que não necessariamente são encontradas em outras áreas². Esses problemas apresentam três ramificações e são surpreendentemente acumulativos, levando-se em consideração que se originam em vertentes distintas. A primeira delas, que pode ser chamada de vertente “da letra negra”³, ou do direito inquestionável, manifesta resistência à ideia de a análise teórica ser relevante para o direito fora dos limites dos cursos sobre a própria disciplina do direito. A segunda, por sua vez, exprime resistência à ideia de que uma teoria especificamente *feminista* é relevante ao direito, porque este já teria transcendido – ao menos na maioria dos países desenvolvidos – o “viés sexual”. Trata-se da vertente liberal. A terceira linha evidencia uma forma de resistência a toda e qualquer teoria, com base no argumento de que, como o direito é uma prática que produz consequências materiais para as mulheres, a resposta necessária teria de surgir no âmbito da prática em sentido contrário, e não da teoria. É uma vertente que demanda engajamento “de ação”, continuamente considerando inadequada a (mera?) prática teórica. Esse argumento é usado por determinadas correntes feministas que definem o

¹ Essa tradução foi feita no âmbito do Projeto Tecendo Fios das Críticas Feministas ao Direito no Brasil.

² É importante definir o que quero dizer por “área do direito”. Embora o termo “lei” sugira uma singularidade ou unidade, o direito é muitas coisas. Em um nível, lei é o que se aprova como um resultado de um processo político. Essa lei é aberta a interpretações, é claro, embora não haja uma interpretação “livre”. Nesse âmbito, aplica-se uma série de convenções, o que podemos chamar de metodologia jurídica. Em outro nível, há a prática do direito. Enquanto o método jurídico adapta-se a convenções que podem ser (discutivelmente) reveladas, a prática do direito é bem menos visível. Refiro-me à forma como advogados e outros atores jurídicos, como a polícia, usam a lei (e a interpretam sem tanta reflexão minuciosa) na prática do dia a dia. Esse tipo de direito é conhecido por ser bastante distante do direito ‘dos livros’ ou da jurisprudência, mas, claro, os dois estão vinculados.

O direito, entretanto, também é muito mais que a soma desses elementos. Ele também é o que as pessoas acreditam que ele é, uma vez que podem usá-lo para guiar suas ações. De fato, podemos até mesmo sugerir que o direito cria subjetividades, bem como posições de sujeito. Veja, por exemplo, o conceito de bastardo, que se tornou a categoria de ilegitimidade no século XX. Era uma mera categoria jurídica, mas se tornou um fator de classificação econômica e uma questão psicológica. Por meio dela, produzimos crianças desfavorecidas e adultos sem direito a herança.

³ N.T.: Em inglês, *Black Letter Law* é expressão usada para se referir a elementos ou princípios básicos que são amplamente conhecidos e aceitos pela comunidade jurídica. Consiste em regras que podem ser usadas mecanicamente e não levantam questionamentos morais nem discussões.



‘teorizar’ como algo masculino. Nesse sentido, as três vertentes mencionadas apresentam um grande obstáculo às defensoras da teoria feminista do direito, visto que elas se deparam (nós nos deparamos) com a frustração de serem (sermos) ignoradas ou vistas como ultrapassadas dentro do direito e pelo direito, além de, ao mesmo tempo, serem (sermos) compelidas a renunciar à teoria devido ao imperativo moral de agir de forma prática dentro do direito ou por meio dele.

A teoria feminista sociojurídica, porém, se depara com outra dificuldade. Apesar de sempre ter existido uma tensão acerca da tentativa de “usar” o direito para as “mulheres”, o desafio atual está no fato de essa tensão ter assumido uma nova cara. Ela se expressava tradicionalmente na asserção de que o direito, por ser um efeito epifenomênico do patriarcado, dificilmente poderia ser usado para desestruturar o próprio patriarcado. Por mais atraente e sucinto que esse posicionamento possa parecer, hoje reconhecemos que tal visão é, ao mesmo tempo, uma simplificação excessiva e uma receita para o desespero: teorizar que tudo é efeito de um patriarcado monolítico faz do feminismo, na melhor das hipóteses, pouco mais que uma falsa consciência e, na pior, um mecanismo de sustentação da própria estrutura patriarcal.

Nossas teorias sobre gênero e sobre direito avançaram, mas também houve outro desenvolvimento importante. Com a chegada das feministas ao direito, este passou a ser um *lugar* de luta e não apenas uma *ferramenta* de luta. Entretanto, o aumento no número de acadêmicas feministas no direito e de advogadas atuantes (ironicamente) levou a consequências, a meu ver, contraditórias. Aplaudo a primeira delas, que é certo refinamento das teorias do direito, em particular no tocante à lógica e aos métodos jurídicos. A segunda, talvez mais problemática, é o renovado vigor na tentativa de empregar o direito na causa das mulheres⁴. Minha preocupação a respeito desta última não é uma tentativa de ressuscitar o velho argumento que acabei de rejeitar acima, mas reflete meu receio de que essa estratégia, mesmo renovada, continue a alocar ao direito uma posição especial na resolução de problemas sociais. Essa tendência, provavelmente mais evidente na América do Norte⁵, é falha por não desafiar a visão inflada que o direito

⁴ O trabalho de Catharine MacKinnon talvez seja bastante explicativo quanto a essa questão, pois, embora analise o direito e o método jurídico como irrefutavelmente masculinos, a autora busca uma estratégia de litígio que celebra o direito como a solução dos mesmos problemas que ele representa (o que não sugere, entretanto, que MacKinnon não esteja ciente dessa contradição).

⁵ N.T.: A autora usa a expressão “North America” (América do Norte). Embora não seja possível afirmar com segurança, entendemos que ela se refere apenas aos dois países de língua inglesa, Canadá e Estados Unidos.



tem de si mesmo, empoderando-o ainda mais (SMART, 1989) e acentuando seu alcance imperialista⁶. O movimento de usar o direito a favor das “mulheres” também colide com o reconhecimento, recente e profundo na teoria feminista, proveniente de outras disciplinas, de que evocar uma categoria não problematizada de Mulher, presumidamente representativa de todas as mulheres, é, em si, uma estratégia excludente (cf. SPELMAN, 1988). Contudo, antecipo aqui meus argumentos e, por isso, gostaria de retornar ao estágio anterior no mapeamento da teoria feminista sociojurídica. Para tanto, concentro-me em dois pontos relacionados. O primeiro trata da questão de como o direito é gendrado⁷, e o segundo examina o próprio direito como uma estratégia que produz gênero.

1. Como o direito é gendrado

Podemos identificar três estágios no desenvolvimento da ideia de que o direito é gendrado. Fundamentalmente, são fases de reflexão na teoria feminista que forneceram um alicerce de entendimento e que foram ampla, mas não completamente superadas (cf. NAFFINE, 1990)⁸. O primeiro estágio é ilustrado pela frase “o direito é sexista”; o segundo,

⁶ Ao empregar o termo ‘alcance imperialista’, refiro-me ao processo de judicialização da vida cotidiana, o qual se tornou mais visível nos países ocidentais desenvolvidos no último século, mas que realmente se intensificou na segunda metade do século XX. Assim, a ideia de haver uma solução jurídica para todo problema social é cada vez mais extensamente defendida; quando o direito não apresenta uma solução, em geral propõem-se outras leis para corrigir as inadequações da lei vigente. Dentro dessa estrutura, as ações judiciais têm um papel especial, seja por meio do incremento de estratégias de ‘casos-teste’ (proativas), seja mediante o ajuizamento de medidas de defesa, como a exploração dos procedimentos de recurso. Meu argumento não é que nada possa ser alcançado com essas estratégias, nem que haja alternativas obviamente disponíveis prontas para serem aplicadas, mas que a judicialização da vida cotidiana transforma (e modifica) os problemas com os quais lida. Trata-se de um fenômeno que passa a impressão de existirem processos mais emancipatórios que desempoderadores; que põe o poder de decisão nas mãos do judiciário (isto é, de juízes), conferindo, então, ainda mais poder ao direito. Esse processo também requer uma dependência crescente em relação a uma elite judiciária na qual estariam os únicos capazes de interpretar e gerir o cada vez mais complexo sistema jurídico.

⁷ N.T.: Em inglês, o termo ‘gendered’ expressa a forma nominal de ‘gender’ (‘gênero’). Em português, utilizamos o termo ‘gendrado(a)’, que atualmente já está consolidado nas publicações relacionadas a gênero. Contudo, temos consciência de um possível anacronismo, uma vez que a aceitação do uso de ‘gendrado(a)’ na língua portuguesa se deu após a data da publicação original deste artigo.

⁸ Ngaire Naffine (1990) também mapeou o desenvolvimento da teoria jurídica feminista de forma similar no seu livro ‘*Law and the Sexes*’, o qual considero extremamente útil. Ela se refere a três fases do feminismo: o monopólio masculino; a cultura jurídica masculina; e a retórica jurídica e a ordem social patriarcal. As duas primeiras fases correspondem de perto às minhas seções ‘O direito é sexista’ e ‘O direito é masculino’, mas um foco diferente surge com nossa análise da terceira fase e com ideias subsequentes quanto ao direcionamento do trabalho teórico.



por “o direito é masculino”, e, finalmente, chegamos ao ponto em que podemos alegar que “o direito é gendrado”. É possível encontrar esses três níveis de argumentação empregados simultaneamente em alguns trabalhos feministas sobre o direito, mas é importante diferenciá-los para podermos identificar a promessa analítica presente em cada abordagem.

A) O direito é sexista

O ponto de partida da abordagem “o direito é sexista”⁹ foi o argumento de que, ao fazer uma diferenciação entre homens e mulheres, o direito ativamente colocou as mulheres em desvantagem por conceder-lhes menos recursos materiais (por exemplo, no casamento e no divórcio); julgá-las de acordo com padrões desiguais e inapropriados (por exemplo, como sexualmente promíscuas); negar-lhes oportunidades iguais (como ocorreu no que ficou conhecido como *the persons cases* (SACHS; WILSON, 1978))¹⁰; ou deixar de reconhecer os danos causados às mulheres porque esses mesmos danos beneficiavam os homens (como ocorre com as leis sobre prostituição e estupro, por exemplo). Esses foram (e ainda são) questionamentos importantes, mas o atributo “sexista” com certeza funcionou mais como uma estratégia de redefinição que como um modo de análise. Portanto, o uso do termo “sexista” foi uma maneira de desafiar a ordem normativa do direito e de reinterpretar as práticas mencionadas como indesejáveis e inaceitáveis.

O direito é inegavelmente sexista em um nível. Entretanto, reconhecer esse fato não fez com que se passasse a lidar, de verdade, com o problema posto pelo direito; eu diria, ainda, que se trata de um fator que acarreta uma representação um pouco

⁹ Devo reconhecer que o ‘sexismo’ não é um termo muito utilizado hoje em dia. Era comum nos anos 1970 e no início dos anos 1980, mas foi, de alguma maneira, abandonado ao longo do caminho, exceto em textos consideravelmente polêmicos. Porém, escolhi retomá-lo aqui porque, embora o termo tenha saído de moda, o mesmo não ocorreu com o tipo de análise que ele representa. Além disso, essa forma de análise transcende antigas barreiras entre as feministas socialistas, as liberais e as radicais, já que todas a utilizaram com diferentes graus de sofisticação. Emprego, portanto, ‘sexismo’ como termo guarda-chuva, em sentido lato, e não como uma espécie de falácia do espantalho que posso facilmente refutar. O conceito de sexismo é a linha de base do feminismo, e sei que frequentemente recorro a essa noção quando me refiro à história do feminismo para as ‘não iniciadas’.

¹⁰ N.T.: O caso conhecido como *The Persons Cases* ou *Edward vs. Canada (AG)* ocorreu no Canadá em 1929. Um grupo de cinco mulheres, conhecidas como *The Famous Five*, questionou o fato de as mulheres não serem consideradas “pessoas” para fins de nomeação no Senado nos termos da lei *British North America Act*. O resultado da ação foi o reconhecimento, pelo órgão supremo da Comunidade Britânicas de Nações (*Privy Council*), do direito das mulheres de serem eleitas para o Senado canadense.



equivocada desse problema. O argumento de que o direito é sexista sugere ser possível corrigir uma visão enviesada que se tem sobre determinado sujeito (a mulher) que, na realidade, se coloca perante o direito de forma tão competente e racional quanto um homem, mas é erroneamente considerado incompetente e irracional. Essa retificação indica que o direito sofre de um problema de percepção que pode ser corrigido para que todos os sujeitos jurídicos passem a ser tratados com igualdade. Não se trata, em absoluto, de uma argumentação simplista. É estruturada em níveis distintos de sofisticação, desde aqueles que sugerem que a adoção, no direito, de uma linguagem neutra de gênero nos livra do problema da diferenciação e, por conseguinte, da discriminação (ex. no inglês, o uso de *spouse* no lugar de *wife*; *parent* no lugar de *mother*)¹¹, até aqueles que reconhecem a discriminação como parte de um sistema de relações de poder que deve ser problematizado antes que o sexismo possa ser “extirpado” do direito. Para o primeiro grupo, o sexismo é um problema de superfície com o qual se deve lidar por meio de programas de reeducação e políticas rigorosas que objetivem esconder qualquer sinal visível de diferença. Para o último grupo, o direito está integrado à política e à cultura, e o caminho que conduz a um tratamento mais justo para as mulheres se situa em mudanças que lhes permitirão ocupar diferentes posições na sociedade, de forma que a diferenciação se torne supérflua¹².

O inconveniente dessas abordagens é que o significado de diferenciação tende a ser absorvido pelo de discriminação, e o fulcro dos argumentos reside na ideia de que as mulheres são tratadas mal dentro do direito por serem diferenciadas dos homens. Com frequência, isso significa afirmar que os homens são mantidos como o padrão com base no qual as mulheres devem ser julgadas¹³. Por mais cansativo e absurdo que possa

¹¹ N.T.: No português, temos, por exemplo, “cônjuge” no lugar de “esposa” e “responsável” no lugar de “mãe”.

¹² O trabalho de Katherine O’Donovan (1985) pode ser considerado representativo dessa sofisticada perspectiva do argumento de que ‘o direito é sexista’. O’Donovan reivindica a abolição da distinção entre o público e o privado no ordenamento da vida cotidiana. Defende que tal distinção impede toda e qualquer utilidade até mesmo de um sistema jurídico reformado. Então, ao se abolir o sistema que diferencia homens e mulheres (ou seja, a divisão público/privado), criar-se-iam as condições nas quais o direito deixaria de prejudicar as mulheres.

¹³ O argumento de que os homens definem o padrão pelo qual as mulheres são julgadas (ou seja, igualdade = ser tratada como homem; diferença = não ser tratada como homem) não deveria ser confundido com aquele de acordo com o qual os padrões jurídicos são baseados em um imperativo masculino. O primeiro tem por objeto um referente empírico não problemático chamado homens. O segundo evoca o conceito de valores generados que não estão conectados a qualquer presunção associada a uma categoria biologicamente dada de homem (ou de mulher). Enquanto o primeiro nos convida a simplesmente substituir homens por mulheres, o último invoca ideias sobre como valores, padrões e princípios sempre estão vinculados a um contexto cultural e como, em uma cultura falocêntrica, determinados valores acabam sendo vistos como universais e isentos de gênero.



parecer, esse raciocínio apenas nos leva a imaginar que a solução seja julgar as mulheres pelo padrão das mulheres. Talvez, entretanto, essa alternativa não resolva muita coisa se as mulheres que definirem um padrão dessa natureza forem, em sua totalidade, brancas e de classe média. Se assim for, resta-nos um sistema jurídico igualmente falho, em que o sexismo parecerá ter sido erradicado, mas outras formas de opressão permanecerão. Contudo, essa falácia da substituição não é o problema central de uma perspectiva que evoca o conceito de sexismo em vez do de gênero. O conceito de sexismo implica a possibilidade de anular a diferença sexual como se ela fosse apenas um epifenômeno e não estivesse enraizada na maneira pela qual negociamos a ordem social. Para falar de forma mais direta, a diferença sexual – vista como construída ou não (FUSS, 1989) – é parte de uma estrutura binária de linguagem e sentido. Se erradicar a discriminação depende de erradicar a diferenciação, é necessário pensar uma cultura sem gênero. Então, o que parece ser uma solução relativamente fácil, como a incorporação, no direito, de uma terminologia neutra no que se refere a gênero, mascara um problema muito mais profundo. Além disso, como muitas feministas já argumentaram, não é absoluta a ideia de que o resultado desejado do feminismo seja uma espécie de androgenia.

B) O direito é masculino

A noção de que “o direito é masculino” surge da observação empírica de que a maioria dos legisladores e advogados são, de fato, homens. Essa ideia vai além, entretanto, por força da percepção de que a masculinidade ou virilidade, uma vez enraizada em valores e práticas, não precisa estar completamente ancorada no referente biológico masculino, isso é, nos homens. MacKinnon (1987) demonstrou tal possibilidade de forma bem eloquente ao alegar que os ideais de objetividade e neutralidade, celebrados no direito, são, na verdade, valores masculinos que passaram a ser considerados universais. Assim, em comparação com a abordagem “o direito é sexista”, o raciocínio “o direito é masculino” sugere que, quando um homem e uma mulher se colocam perante a lei, não é que o direito deixe de aplicar critérios objetivos a um sujeito feminino: aplica critérios objetivos, mas estes são, contudo, masculinos. Ironicamente, insistir em igualdade, neutralidade e objetividade é, portanto, insistir no julgamento da mulher de acordo com os valores da masculinidade.



Como a abordagem “o direito é sexista”, também a perspectiva “o direito é masculino” abrange uma gama de posições mais ou menos sofisticadas, que vão desde o primeiro trabalho de Gilligan (1982), que *parecia* associar valores masculinos ao referente biológico e, em vista disso, se mostrou biologicamente reducionista¹⁴, até os trabalhos mais recentes (YOUNG, 1990; TRONTO, 1989; MOSSMAN, 1986) que detalham a exclusão de valores ligados a ‘se importar com algo’ em prol do ‘não se importar’ (isto é, imparcialidade) ou descrevem as regras e métodos utilizados para se chegar a uma decisão jurídica (ou seja, imparcial) com a exclusão sistemática de outras perspectivas.

No entanto, por mais relevantes que essas percepções sejam, elas perpetuam uma série de problemas específicos. Em primeiro lugar, é uma concepção que reproduz a ideia do direito como uma unidade em vez de questioná-lo e de lidar com suas contradições internas. Em segundo, e não o faz necessariamente de forma explícita, presume que qualquer sistema supostamente fundado em valores universais e em processos de tomadas de decisão imparciais (mas que agora se revelam como particulares e parciais) atende de maneira sistemática aos interesses dos homens enquanto categoria unitária¹⁵. Podemos ver, assim, que, apesar de existir nesses argumentos um grande esforço para se afastar do determinismo biológico, permanece uma presunção tácita de que os homens, enquanto referente biológico, são ou beneficiados ou de algum modo prestigiados na aplicação de valores e práticas que se pretendem universais embora (na realidade) reflitam uma posição ou visão de mundo parcial¹⁶. Contudo, sabemos que o direito não serve aos interesses dos *homens* enquanto categoria homogênea, assim como não serve aos interesses das *mulheres* enquanto categoria. Pode-se afirmar, é claro, que os trabalhos mencionados não estabelecem conexão entre os sistemas de valores

¹⁴ Na minha opinião, é incorreto entender o trabalho de Gilligan como biologicamente reducionista. Sua análise se baseia em um processo psicossocial de identificação de gênero que, por sua vez, produz posições morais diferentes que podem ser tipificadas como masculinas ou femininas. Se seu trabalho é reducionista, ele o é por especificar um processo psicológico na infância como sendo um fator tão sobredeterminante que produz formas de pensar masculinas e femininas.

¹⁵ Kingdom (1991) também afirmaria que toda análise do direito que o trate como uma ‘fachada’ para alguma outra coisa – para o patriarcado ou para valores masculinos, por exemplo – adota uma visão essencialista. Em tais abordagens, o direito sempre é entendido com base em uma referência a outra coisa qualquer, o que desvia a atenção que deveria ser dedicada à análise do funcionamento específico do direito.

¹⁶ Gostaria de deixar claro que não me absolvo dessa crítica. É muito fácil, ao criticarmos os outros, deixar a impressão de que nós nunca teríamos cometido erro tão óbvio. Eu não apenas já o cometi, como certamente continuo a fazê-lo. De qualquer forma, um ‘erro’ somente se torna aparente depois que as ideias já foram trabalhadas por um tempo. Talvez seja enganoso falar em termos de erro quando sabemos que cada estágio do pensamento feminista depende do trabalho fundamental realizado anteriormente, ainda que este seja considerado ultrapassado com o passar do tempo.



masculinos e os interesses dos homens, e que estou levando os argumentos das autoras a extremos em que correm o risco de parecerem absurdos. Todavia, há um motivo para adotar essa postura, talvez injusta, e essa razão não repousa no simples desejo fútil de mostrar que nenhum argumento feminista transcende o reducionismo biológico.

Qualquer argumentação que comece por priorizar a divisão binária homem/mulher ou masculino/feminino cai na armadilha de desprezar outras formas de diferenciação, particularmente as diferenças existentes no interior desses opostos binários. Logo, o terceiro problema presente nesse tipo de abordagem é que divisões como classe, idade, raça ou religião tendem a se tornar meros elementos adicionais ou considerações *a posteriori*. A adição de “variáveis” com o aparente propósito de superar a crítica referente ao racismo e ao classismo feita contra a teoria feminista, na verdade, apenas agrava o problema ao torná-lo mais obscuro. Conforme Spelman (1988),

[...] de acordo com uma análise adicional sobre sexismo e racismo, todas as mulheres são oprimidas pelo primeiro; algumas o são também pelo segundo. Essa análise distorce as experiências de opressão das mulheres negras por não reconhecer diferenças importantes entre os contextos nos quais mulheres negras e mulheres brancas vivenciam o sexismo. Sugere, ainda, que a identidade racial de uma mulher pode ser “subtraída” de sua identidade resultante da combinação dos elementos sexual e racial: “Somos todas mulheres”. (1988, p. 125).

Em outras palavras, como Denise Riley afirmou de forma mais sucinta: “Abaixo das superfícies recém-pluralizadas, os antigos problemas ainda perduram” (1988, p. 99).

C) O direito é gendrado

A mudança entre entender o direito como ‘masculino’ e enxergá-lo como ‘gendrado’ é bastante sutil, e essa transição não implica uma rejeição completa de todos os arrazoados da primeira concepção. Ainda assim, embora a asserção de que ‘o direito é masculino’ tenha o efeito de impor uma espécie de conclusão à forma como pensamos o direito, a ideia de que ele é gendrado nos possibilita compreendê-lo em termos de processos que funcionam de maneiras diversas e nos quais não se parte do pressuposto irredutível de que tudo o que acontece no mundo jurídico está a serviço da exploração das mulheres e tem por objetivo beneficiar os homens. Portanto, podemos argumentar que “as mesmas práticas têm significados diferentes para homens e mulheres porque são lidas por meio de diferentes discursos” (HOLLWAY, 1984, p. 237). Não precisamos, então,



considerar uma prática prejudicial às mulheres por ela ser aplicada diferentemente aos homens. Em vez disso, podemos avaliar práticas como, por exemplo, o encarceramento sem a obrigação de afirmar que o problema com as penitenciárias femininas decorre do fato de elas não serem como as dos homens. Além do mais, a ideia de que o ‘direito é gendrado’ não nos exige estabelecer uma categoria fixa ou um referente empírico de Homem e de Mulher. Abre-se espaço, desse modo, à noção mais fluida de uma posição de sujeito gendrado que não se fixa com base em nenhum determinante de sexo: nem biológico, nem psicológico, nem social¹⁷. Com isso, podemos voltar nossa atenção para as estratégias que tentam ‘fixar’ o gênero em rígidos sistemas de significados no lugar de adotarmos, nós mesmas, essas práticas.

Isso quer dizer que podemos passar a enxergar a maneira pela qual o direito insiste em uma versão específica de diferenciação por gênero sem a necessidade de propor nossa própria forma de diferenciação como ponto de partida ou como ponto final. Assim, evitamos tanto a armadilha de estabelecer uma Mulher pré-cultural para podermos medir as distorções patriarcais (ou seja, o ponto de partida) quanto uma Utopia em que se vislumbre a situação das mulheres quando o patriarcado for superado (o ponto final). Logo, é possível incorporar perspectivas como a de Allen (1987), quanto ao fato de o direito só conseguir ver e pensar um sujeito gendrado, sem invocarmos, nós mesmas, semelhante forma de diferenciação. Vale mostrar aqui o que Allen defende. Ela examina o uso do conceito de bom senso do ‘homem médio’ no direito penal, que sempre foi visto como um ‘teste objetivo’ para determinar a intenção do agente (*mens rea*). No entanto, a autora demonstra a completa impossibilidade de tal premissa:

O discurso jurídico, assim, incorpora uma divisão sexual não apenas quanto ao que o direito pode legitimamente ‘fazer’, em termos de certos dispositivos e procedimentos, mas também, e mais profundamente, quanto ao que se pode *argumentar* com razoabilidade. Todavia, subjacente a esse fator, podemos identificar um terceiro, e mais profundo, nível de divisão sexual no discurso jurídico – no nível do que o direito pode inteligivelmente *pensar*. O que se revela nesses argumentos é que, em última instância, o discurso jurídico simplesmente não consegue *conceber* um sujeito do qual o gênero não seja um atributo determinante: não consegue *pensar* tal sujeito. (ALLEN, 1987, p. 30).

¹⁷ Note que opto por utilizar o verbo ‘fixar’. Não tenho certeza de que concordo com Butler (1990) quanto ao gênero ser mera performance e que não há a necessidade de nenhuma relação entre sexo e gênero. Entretanto, aceito o raciocínio de Fuss (1989), para quem os argumentos construcionistas são tão sobredeterminantes quanto os argumentos biológicos essencialistas. Como não tenho respostas para esses problemas, prefiro deixar a questão em aberto.



Sob esse prisma, podemos desconstruir o direito gendrado em suas visões e práticas, mas também perceber como o direito opera enquanto tecnologia de gênero (DE LAURETIS, 1987)¹⁸, o que significa dizer que podemos começar a analisar o direito como um processo de produção de identidades de gêneros fixas e não como mera aplicação da lei a sujeitos previamente gendrados.

O novo entendimento segundo qual ‘o direito é gendrado’ e não sexista ou masculino leva a uma outra forma de questionamento. Em vez de ‘Como o direito pode transcender o gênero?’, a pergunta mais produtiva passa a ser ‘Como o gênero opera no direito e como o direito opera para produzir o gênero?’. O importante de perguntas dessa natureza é o abandono de qualquer intenção de neutralidade de gênero¹⁹. Além disso, o direito deixa de ser definido como o sistema que pode impor a neutralidade de gênero para ser redefinido como um dos sistemas (discursos) produtores não apenas de diferenças de gênero, mas também de formas bastante específicas de diferenças polarizadas. O direito é visto como um domínio que traz à existência tanto posições de sujeitos gendrados quanto subjetividades ou identidades com as quais o indivíduo é relacionado ou associado (o que talvez seja mais controverso). Portanto, é apropriado, neste estágio da argumentação, voltarmos para a noção de direito enquanto estratégia criadora de gênero, que deve ser considerada juntamente com a ideia de que o ‘direito é gendrado’.

¹⁸ Embora adote o conceito de tecnologia de gênero de De Lauretis, estou ciente de que posso estar, de alguma forma, forçando o uso da categoria. O direito não pode ser analisado exatamente como o cinema, a televisão ou qualquer outra mídia. O conceito da autora, contudo, evoca a atividade de produzir diferenciação de gênero, conforme tento demonstrar aqui.

¹⁹ É talvez lamentável o fato de a percepção sobre os estudos acadêmicos do direito feminista em muitos lugares haver permanecido na ideia de neutralidade e igualdade de gênero como o ápice da aspiração feminista.



2. O direito como estratégia criadora de gênero

Nesta seção, minhas considerações são feitas no sentido de desenvolver o argumento de que Mulher é uma posição de sujeito gendrado que o discurso jurídico traz à vida²⁰. Trata-se, por certo, de uma afirmação abrangente, a qual suscitará protestos de quem clama que mulheres sempre existiram; que elas não tinham de esperar que o direito lhes permitisse a entrada no Social; que o direito não é tão poderoso; que as mulheres são produto de processos naturais e biológicos, e assim por diante. Posso reconhecer a validade de alguns desses pontos, pois o direito por si só certamente não constitui o que é a Mulher. Todavia, talvez seja necessário considerar o que se entende por Mulher e por ‘estratégia criadora de gênero’ antes de examinar mais detalhadamente os papéis desempenhados pelo direito e pelo discurso jurídico.

A Mulher não é mais autoevidente (RILEY, 1988; HEKLAN, 1990; SPELMAN, 1988; BUTLER, 1990; FUSS, 1989)²¹. Tal afirmação é, por óbvio, uma afronta ao senso comum, que sabe muito bem o que são mulheres e que reage de forma veemente caso alguém tente diluir as fronteiras naturalmente dadas entre os dois sexos (também naturalmente dados). Antes, porém, devemos fazer a distinção entre Mulher e mulheres, diferenciação essa já conhecida pelas feministas, que, por séculos, têm afirmado que a *ideia* de Mulher (por vezes, o *ideal* de Mulher) está bem distante do que são as mulheres reais. Ademais, é característico do feminismo alegar ter um acesso a mulheres reais que seria negado aos que percebem o mundo por meio de visões patriarcais. Então, a diferença entre Mulher e mulheres não é nova, mas se tornou mais complexa. Começamos, por exemplo, a reconhecer que a Mulher não é simplesmente um ideal patriarcal, e que as mulheres evocadas pelo(s) feminismo(s) talvez sejam a Mulher do(s) discurso(s) feminista(s) ou a

²⁰ O termo “discurso jurídico” é atualmente, claro, bastante familiar à escrita influenciada por Michel Foucault. Entretanto, vale esclarecer o uso que faço desse termo. Emprego “discurso” para me referir a um conjunto de textos, não necessariamente vinculados a uma única disciplina, que produzem determinado tipo ou sujeito. Os exemplos clássicos de tais sujeitos na obra de Foucault são o lunático, o criminoso e o homossexual. Esses tipos, ou sujeitos, conforme argumenta Foucault, foram gerados por discursos específicos do fim do século XVIII e do decorrer do século XIX. Walkowitz (1982) tem posicionamento similar sobre como as leis referentes a doenças contagiosas na segunda metade do século XIX produziram a categoria, ou sujeito, ‘prostituta’. Essa abordagem vira o materialismo de ponta-cabeça, embora não permita considerar os chamados elementos não discursivos. Assim, não há negação do material, mas revoga-se a dominância conceitual do materialismo e do ‘realismo’.

²¹ De fato, há quem defenda que a categoria Mulher sempre foi problemática para o feminismo, como, por exemplo, De Lauretis (1987). Não tenho certeza se concordo com esse posicionamento como uma afirmação geral, porque o feminismo, enquanto movimento político, parecia não se afetar pela pergunta ‘O que é uma mulher?’, ainda que essa discussão filosófica estivesse acontecendo na época.



Mulher construída por esse(s) discurso(s), em vez de uma realidade não mediada, que simplesmente se manifesta. Em outras palavras, a reivindicação de uma realidade absoluta situada no corpo das mulheres, com base na qual os excessos do patriarcado podem ser medidos, tornou-se menos sustentável. O feminismo não ‘representa’ as mulheres. De fato, como argumentou Butler,

[...] há o problema político que o feminismo encontra na suposição de que o termo *mulheres* denote uma identidade comum. Ao invés de um significante estável a comandar o consentimento daquelas a quem pretende descrever e representar, *mulheres* – mesmo no plural – tornou-se um termo problemático, um ponto de contestação, uma causa de ansiedade. (BUTLER, 1990).²²

Há quem afirme que essa forma de pensar destitui o feminismo de sua representatividade e, conseqüentemente, o ameaça enquanto movimento social e político. Entretanto, adotar essa postura seria presumir que tanto a inovação intelectual quanto o trabalho político devem se fundamentar em um objeto de conhecimento absoluto e não mediado. Essa exigência parece valer exclusivamente para quaisquer vertentes do feminismo pós-estruturalista, enquanto se permite que muitos outros feminismos sigam operando de acordo com uma lógica do “como se”²³. De fato, já há muito tempo o feminismo problematiza o senso comum e seu complemento, o ‘real não mediado’, reconhecendo os elementos culturais e históricos do conhecimento, e rejeitando a existência de uma autoridade transcendental. Portanto, se aceitamos que a Mulher e as mulheres não são reduzíveis a categorias biológicas ou – no mínimo – que signos biológicos não são essências que originam uma categoria homogênea de mulheres, podemos passar a admitir que há estratégias pelas quais a Mulher e as mulheres são trazidas à existência. Tais estratégias (nas quais incluem tanto o direito quanto a disciplina²⁴) variam de acordo com a história e a cultura, além de serem contraditórias e até

²²Citação da tradução brasileira da obra de Butler: BUTLER, J. **Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão da Identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 12ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 20.

²³ Ao optar por ‘como se’, estou usando expressão generalizada que reconhece, por exemplo, que a comunicação pura não é possível, mas que agimos no mundo cotidiano ‘como se’ ela fosse. Dessa forma, ao mesmo tempo em que duvidamos das bases do conhecimento, nós, no entanto, agimos. O pós-estruturalismo, penso eu, é mais aberto quanto ao agir segundo a lógica do ‘como se’ do que formas de epistemologia que evocam o ‘real’.

²⁴ Levanto essa questão porque me distancio de Foucault quanto a considerar o direito como uma parte do Antigo Regime que opera de modos distintos dos mecanismos da disciplina. Embora reconheça haver diferenças, postulo que o direito surgiu para implementar muitos dos mecanismos da disciplina. Ver Smart (1989) para uma discussão mais completa sobre o assunto.



ambivalentes. Também podem ser estratégias sem autores na medida em que não deveríamos supor que estratégia, no contexto aqui abordado, implica um plano arquitetado com antecedência por atores extraculturais (cartesianos).

Há, é claro, uma distinção a ser feita entre a produção discursiva de um tipo de Mulher e a construção discursiva de Mulher. Trago aqui esses dois significados, pois acredito que operam em simbiose. Em poucas palavras, a construção²⁵ discursiva (jurídica) de um *tipo* de Mulher pode se referir à criminosa, à prostituta, à mãe não casada, à mãe infanticida, e assim por diante. A construção discursiva de Mulher, por sua vez, evoca a ideia de Mulher em oposição à de Homem. Esse movimento sempre destrói ou ignora as diferenças contidas em cada uma dessas categorias – Mulher e Homem – para dar peso a uma diferenciação supostamente anterior – aquela feita entre os sexos. Então, a diferenciação anterior age como um movimento fundacionista no qual outras diferenciações podem ser ancoradas. Assim, a criminosa é um tipo de mulher que pode distinguir-se de outras mulheres, mas, ao mesmo tempo, o que ela é está contido em uma categoria anterior de Mulher sempre já oposta a Homem. Dessa maneira, ela pode ser uma mulher desviante por conta da distância que a separa das outras mulheres, mas, simultaneamente, ela celebra a diferença natural entre Mulher e Homem. Apenas com base no entendimento desse movimento duplo, somos capazes de compreender o que, do contrário, poderíamos confundir com inconsistência ou generalização. Em vez de considerar que se trata de uma contradição que pode ser resolvida com um pouco de lógica, devemos reconhecer que o próprio alicerce do constructo discursivo da Mulher moderna está atolado nessa estratégia dupla.

Por conseguinte, a Mulher sempre foi *ao mesmo tempo* gentil e mortífera, ativa e agressiva, virtuosa e má, respeitável e abominável, e não *ou* virtuosa *ou* má²⁶. A Mulher, portanto, representa tanto uma dualidade bem quanto um dos lados de uma distinção binária anterior. Sendo assim, no discurso jurídico, a prostituta é construída como a

²⁵ N.T.: Aqui, a autora usou o termo ‘construção’, diferentemente do que ocorre no início do parágrafo, em que ela empregou ‘produção’ para se referir à ‘produção discursiva de um tipo de mulher’.

²⁶ Diversamente do que ocorre com o conceito de Mulher, o termo feminilidade nunca permitiu esses sentidos múltiplos. A noção de feminilidade sempre foi contingentemente relacionada à Mulher, apresentando dimensões tanto de classe quanto de raça no lugar de ser uma afirmação definitiva ou conclusiva sobre a natureza da ‘mulheridade’ (*womanhood*). Quando sugiro que a feminilidade está relacionada a classe e raça ao invés de ser uma afirmação quintessencial sobre diferença de gênero, quero dizer que apenas para mulheres brancas e de classe média era permitida a entrada no feminino. Mulheres de ascendência africana nunca ‘eram’ femininas; mulheres asiáticas sempre ‘eram’ passivas e subservientes; mulheres judias ‘eram’ agressivas; mulheres brancas da classe trabalhadora ‘eram’ malcriadas, e assim segue.



mulher ruim, mas ao mesmo tempo é o epítome de Mulher em oposição a Homem. Assim ocorre porque ela é o que qualquer mulher poderia ser e porque representa um desvio de conduta e uma licenciosidade decorrentes de sua forma corpórea (supostamente dada naturalmente), enquanto o homem permanece inócuo²⁷.

Embora essas estratégias produtoras de gênero sejam muitas e variadas, conto, aqui, uma história bastante direta para chegar, sem mais delongas, ao tópico que desejo discutir, o direito. Já se afirmou que os fatos ocorridos no fim do século XVIII e no século XIX na Grã-Bretanha marcaram um momento importante na história do gênero. Testemunhou-se, nesse período, uma tal polarização dos gêneros que deixou a diferença cada vez mais fixa e rígida e, ao mesmo tempo, naturalizada (DAVIDOFF; HALL, 1987; JORDONOVA, 1989; LAQUEUR, 1990). Os discursos científicos foram cruciais para esse processo, pois conferiram novo vigor às religiões e às crenças filosóficas tradicionais sobre a inferioridade das mulheres. Estas foram cada vez mais estreitamente associadas a seus corpos, que se tornaram tanto sobredeterminantes quanto patológicos. É possível defender que os discursos da ciência, da medicina e, mais tarde, da psicanálise operaram para criar as diferenças de gênero que hoje assumimos como naturais. Ainda mais importante: tais discursos naturalizaram o ideal das diferenças naturais. Na mesma época, é claro, o feminismo construía uma *outra* Mulher, uma Mulher que não era semi-incapaz (classe média) nem sexualmente licenciosa e pervertida (classe trabalhadora). Porém, até mesmo esse discurso feminista fixava a diferença no campo do natural.

Para a minha análise do direito, o século XIX também é particularmente significativo. Esse período marca o ápice do processo da exclusão jurídica das mulheres da sociedade civil (com a negação, por exemplo, da personalidade jurídica da mulher casada), bem como o momento em que a lei escrita passa a definir com mais detalhes as incapacidades jurídicas da Mulher (em outras palavras, podemos sustentar que o gênero se tornou gradualmente mais rígido em termos de seus atributos e em termos de uma polarização cada vez maior). Em níveis mais básicos, verificamos que as leis do século XVIII e de períodos anteriores apresentavam termos muito vagos e eram por demais sucintas

²⁷ Consigo pensar em apenas uma exceção, a saber, a situação na qual a lei do divórcio veio a reconhecer a inconveniência de homens 'se relacionando' com prostitutas ao dar à mulher o direito à separação quando o marido tivesse, conscientemente, transmitido a sua cônjuge uma doença venérea. Também deve-se mencionar que, no Reino Unido, há legislação contra a abordagem de prostitutas nas ruas durante a condução de veículos (*kerbcrawling*). Entretanto, não se criaria, desse modo, uma categoria de homens libertinos na mesma medida em que a legislação sobre prostituição cria a categoria de prostituta.



(pelo menos aos olhos do século XX). Entretanto, o século XIX sinaliza um momento no qual ocorre um maior refinamento e uma classificação pormenorizada das categorias relevantes e dos sujeitos jurídicos.

Poderíamos afirmar que o Direito do século XIX nos trouxe um conjunto de posições de sujeitos gendrados definidas com mais rigor. Notamos também como o direito e a disciplina ‘encorajaram’ as mulheres a assumir essas identidades e subjetividades. Essa ideia talvez seja mais bem compreendida com um exemplo, e agora gostaria de lançar mão da maternidade. Não o faço, contudo, relativamente à boa mãe, nem mesmo à mãe ‘boa o suficiente’ – o que me interessa aqui é a mãe ruim.

Um exemplo do direito como estratégia criadora de gênero: especificando a categoria da mãe ruim

Ainda que eu tenha apontado o século XIX como um momento particularmente significativo no processo de fixação de identidades gendradas, iniciarei minha história em uma época anterior para identificar de que modo o engajamento do direito e da disciplina, como duas formas distintas de regulação, assinala, nesse período, uma ruptura com períodos antecedentes.

Minha história começa no ano de 1623 na Inglaterra, quando uma nova lei entrou em vigor, estabelecendo um novo crime e um novo tipo de criminosa. A norma tornou ilícito penal o fato de uma mãe matar seu bebê bastardo, crime que passou a ser, então, punível com pena de morte. O problema foi que, com a nova lei, se assumia a culpa da mãe caso seu filho morresse, cabendo a ela a apresentação provas da sua inocência. A presunção de culpa era extremamente rara no direito inglês, e a mãe não casada passou a existir, assim, no âmbito jurídico como homicida presumida. Deve-se enfatizar que, naquela época, o Estado não regulava o casamento, tampouco insistia em um casamento formal; desse modo, o estado de casada, ou de não casada, era, em alguns sentidos, mais fluido, especialmente porque muitos casais não oficializavam sua união até que tivessem vários filhos.

Temos, aqui, a problematização de um tipo específico de maternidade. Sua regulação tomaria a forma mais tarde identificada por Foucault (1977) como o poder do soberano de infligir a morte. Essa mulher talvez seja uma das primeiras a ser tratada em



um texto legal especificamente como Mulher²⁸. Sua presença marca uma gama de associações que, embora implícitas, devem ser entendidas para que a legislação faça sentido. Além de não ser casada e, assim, não estar protegida, essa mãe também pertence a uma classe social específica (ou seja, é pobre) e se vê privada de condições materiais para criar seu filho. No entanto, ela seria executada caso tentasse escapar de sua situação de infortúnio – ainda que a criança morresse de causas naturais (ou em decorrência dos efeitos da miséria na gravidez e no parto).

Essa lei era tão draconiana que raramente era aplicada, pois os júris não costumavam condenar as acusadas. É possível, entretanto, mapear como a estratégia de infligir punição severa a algumas poucas se traduziu em modos de disciplina e vigilância empregados para muitas. As penas tornaram-se menos rigorosas, mas menos mulheres escapavam do alcance das formas revisadas de categorização jurídica.

Em 1753, a Lei do Casamento, elaborada por Lorde Hardwick, deu início ao processo de regulamentação do casamento de forma a extinguir estados indeterminados de semimatrimônio – as mulheres ou eram casadas ou eram solteiras. Em 1803, a severa Lei do Infanticídio de 1623 transformou-se na norma referente à ocultação de nascimento. A presunção de inocência foi restaurada, e a pena, bastante reduzida. Porém, o objetivo da lei era abranger um maior número de mulheres, porque não havia requisitos para definir homicídio. No mesmo ano, 1803, entrou em vigor a primeira lei penal sobre o aborto. A interrupção da gravidez em qualquer estágio foi criminalizada, e, embora a lei fizesse uma distinção quanto aos primeiros meses de gravidez, essa diferenciação foi posteriormente suprimida. O direito inglês nunca criminalizou a produção e a venda de informações sobre métodos contraceptivos (como ocorreu no direito canadense, por exemplo), mas a propagação de tais informações era efetivamente controlada por meio de ações penais de iniciativa privada contra calúnia ou difamação de natureza blasfema ou obscena. Em 1882, a idade de consentimento subiu para treze anos, e, em 1885, para dezesseis. O casamento não podia ser realizado antes dessas idades, o que expunha, ao escrutínio jurídico e filantrópico, as mulheres jovens que engravidavam e estavam

²⁸ É claro que a tradição do *Common Law* no direito inglês resulta no fato de não podermos identificar um momento no qual outras categorias de mulher (por exemplo, a esposa) entraram no discurso jurídico. O direito eclesiástico também tem origens difíceis de rastrear, mas, mesmo assim, a Mulher está expressamente presente na regulação associada à separação judicial (*a mensa et thoro*) e ao aborto. Ela também foi tratada como uma categoria específica de criminosa para quem certos tipos de punição eram considerados inapropriados.



impedidas de casar. Em 1913, a Lei sobre Deficiência Mental passou a facilitar o encarceramento de mães não casadas com base em estados de imbecilidade moral ou fragilidade mental.

Acredito não apenas que essas diferentes formas de direito construíram uma categoria de maternidade perigosa, mas também que a rede do direito se ampliou precisamente no momento em que esse mesmo direito dificultava cada vez mais para a mulher a prevenção da gravidez e do parto fora do casamento. O final do século XIX e o início do XX na Inglaterra coincidem, ainda, com o problema do excedente de mulheres, as quais não tinham a menor chance de se casar devido ou à exportação de homens para as colônias ou ao massacre da população masculina nas muitas guerras.

As penas (especialmente para o infanticídio) se tornaram menos rigorosas; um maior número de mulheres, porém, caía na teia da maternidade inescapável. Se recorressem ao uso de contraceptivos ou ao aborto, seriam condenadas como prostitutas ou (quase) homicidas; caso não tivessem sucesso, estariam sujeitas às então mais recentes formas de disciplina, que se apresentavam como filantropia e como normas/leis sobre saúde mental. Podemos ver, portanto, como a maternidade foi, com efeito, construída materialmente como uma consequência 'natural', logo, inevitável, do heterossexo. Meios de prevenir a gravidez foram negados às mulheres, e a inevitabilidade da ligação entre sexo e reprodução se estabeleceu mediante repressão severa daquelas que utilizavam meios tradicionais de romper esse vínculo. Observamos a expansão da maternidade compulsória no sentido de alcançar qualquer mulher heterossexualmente ativa. Não obstante, por maternidade compulsória, não me refiro simplesmente à imposição da gravidez e do parto, mas também à entrada no nexo de significados e comportamentos tidos como constituintes da maternidade adequada. Ademais, na virada do século XIX para o XX, testemunhamos o aumento da vigilância e da intervenção institucionalizada nas vidas das mulheres com o estabelecimento e a disseminação das visitas tanto de agentes de saúde quanto de assistentes sociais (DAVIN, 1978; DONZELOT, 1980).

A mãe não casada obviamente servia (e ainda serve) para reforçar nosso entendimento cultural do que significa a maternidade 'adequada'. Nessa lógica, ela é um *tipo* de mulher, e não Mulher. Ao mesmo tempo, contudo, ela opera no discurso como Mulher por evocar o lugar adequado do Homem. Ela é o problema (supostamente) porque não tem um homem. Sendo assim, o Homem é a solução; ele significa a estabilidade, a



legitimidade e o domínio, que, nela, não estão apenas ausentes, mas também invertidos. A mãe não casada, dessa forma, é também a Mulher quintessencial, porque representa todos os valores que invertem as características desejáveis do Homem.

Neste momento, pode parecer que minhas preocupações estão no campo do simbólico. Entretanto, meus interesses vão além disso, pois o meu objetivo ao mapear o desenvolvimento do sujeito jurídico 'mãe não casada' é lançar luz sobre o regime dominante de significado que sempre já trata essa mulher como problemática e desestabilizante. Assim como Foucault mostrou que categorias como criminoso ou homossexual não são entidades pré-existentes a serem investigadas e entendidas pela ciência, também podemos ver que a mãe não casada surge como consequência de estratégias e saberes específicos. Embora não seja uma categoria fixa ou imutável, ela entra em uma rede já estabelecida de significados que tornam a instabilidade e a periculosidade praticamente autoevidentes, transformando-as em noções de senso comum.

A relevância dessa questão para a situação contemporânea reside no fato de mais e mais mulheres poderem ser inseridas nessa categoria. A Lei de 1623, que mencionei no início desta seção, afetou relativamente poucas mulheres. Agora, contudo, a categoria abarca as mães que criam seus filhos sozinhas por nunca terem casado ou por terem se divorciado (a viúva raras vezes é incluída nesse rol, porque se considera que ela mantém o pai simbólico vivo; assim, dificilmente é vista como uma mãe sozinha²⁹). Nos últimos anos, passaram a integrar essa categoria a mãe "gestacional" (como a "barriga de aluguel") e a mulher que busca tratamento para infertilidade. Gostaria, por isso, de encerrar minhas considerações com um exemplo contemporâneo. Em 1990, o Parlamento inglês aprovou a chamada Lei de Embriologia e Fertilização Humana (*Human Fertilisation and Embryology Act*). Em seu artigo 13(5), a norma traz o seguinte dispositivo, vertido aqui para o português:

Não será concedido tratamento à mulher a não ser que se tenha considerado o bem estar da criança que possa nascer como resultado desse tratamento (incluindo a necessidade de um pai)...³⁰

²⁹ N.T.: Atualmente, o termo "mãe solo" ganhou popularidade no português do Brasil para nomear a mãe que cria seus filhos sozinha, sem a ajuda do pai das crianças. É um uso que se opõe ao de "mãe solteira", considerado preconceituoso e patriarcal. O termo não foi empregado nesta tradução por não ser ainda de aceitação generalizada em todas as áreas.

³⁰ N.T.: A autora chama a atenção para a menção de pai no texto legal. Em 2008, com a entrada em vigor do novo *Human Fertilisation and Embryology Act*, a palavra "father" foi substituída pela expressão "supportive parenting", que se refere à parentalidade e não ao pai especificamente.



Trata-se de legislação que também perpetua a ficção de que o marido de uma mulher é o pai de seus filhos, mesmo sem haver vínculo biológico entre eles (no caso de Inseminação Artificial por Doador, por exemplo). Cria, ainda, uma nova forma de filiação ilegítima ao insistir que o marido, mesmo sendo o pai biológico do bebê, não será o pai aos olhos do direito se o uso de seu esperma ou a implantação de seu embrião ocorrer após sua morte.

Tais medidas apenas fazem sentido se se presumir que a mãe sem marido é um perigo. Pode parecer que essas regras são muito diferentes daquelas aprovadas em 1623 ou no século XIX, mas elas se alicerçam em um entendimento da categoria Mulher do qual o direito é coautor. É essa Mulher do discurso jurídico que o feminismo deve continuar a desconstruir, sem criar, todavia, uma Mulher normativa que volte a impor uma homogeneidade que, com muita frequência, é moldada em nossa própria privilegiada semelhança branca.

Considerações finais

Por óbvio, é quase impossível concluir. De qualquer jeito, não quero impor um falso encerramento no momento em que estamos apenas começando a fazer perguntas cada vez mais desafiadoras. Do meu ponto de vista, os estudos feministas sociojurídicos se deparam com duas tarefas principais no início dos anos 1990. A primeira é enfrentar com coragem o fato de que o direito não é apenas o direito, quero dizer, não é somente um conjunto de mecanismos ou regras que podemos adaptar da forma que nos seja mais favorável. Embora já saibamos disso há muito tempo, não tenho certeza de que tenhamos utilizado esse conhecimento suficientemente bem. O desejo de ser político se confundiu com o desejo de ser prático, e então o direito continua a ocupar um espaço conceitual em nosso pensar que nos encoraja a compactuar com a judicialização do dia a dia. Devemos, portanto, permanecer críticas acerca dessa tendência sem abandonar o direito enquanto *lugar* de conflitos. A segunda tarefa é reconhecer o poder do direito como uma tecnologia de gênero, sem que sejamos silenciadas por tal entendimento. Assim, devemos compreender o poder do direito como sendo mais que a sanção negativa que oprime as



mulheres. O direito é também fonte de identidade e diferença de gênero, mas não é monolítico nem unitário.

Além disso, há muito mais trabalho a ser feito no sentido de investigar como as mulheres têm resistido e negociado as construções de gênero, uma vez que não devemos cair em uma nova forma de determinismo segundo a qual o poder, por ser construtivo, cria mulheres em um formato predeterminado, calculado e impotente de mulher. Logo, proponho aqui que o direito continue a ser um alvo válido do escrutínio feminista teórico e político, mas também postulo a necessidade de repensarmos nosso entendimento acerca da relação entre 'direito' e 'gênero'. Reconhecer que o direito é um problema mais complexo do que se pensou até o momento não precisa ser, entretanto, motivo de desespero, já que podemos observar claramente que os estudos e as pesquisas feministas demonstram muito mais tenacidade e perspicácia do que um dia se imaginou.

Referências bibliográficas

- ALLEN, H. **Justice Unbalanced**. Milton Keynes: Open University Press, 1987.
- BUTLER, J. **Gender Trouble**. London: Routledge, 1990.
- DAVIDOFF, L.; C. HALL. **Family Fortunes**. London: Hutchinson, 1987.
- DAVIN, A. Imperialism and Motherhood. **History Workshop Journal 5**, Spring, 1978.
- DE LAURETIS, T. **Technologies of Gender**. Bloomington, IN: Indiana University Press, 1987.
- DONZELOT, J. **The Policing of Families**. London: Hutchinson, 1980.
- FOUCAULT, M. **Discipline and Punish**. London: Allen Lane, 1977.
- FUSS, D. **Essentially Speaking**. London: Routledge, 1989.
- GILLIGAN, C. **In a Different Voice**. London: Harvard University Press, 1982.
- HEKMAN, S. **Gender and Knowledge**. Boston, MA: Northeastern University Press, 1990.
- HOLLWAY, W. Gender Difference and the Production of Subjectivity. In: HENRIQUES, J. et. al (eds.), **Changing the Subject**. London: Methuen, 1984.
- JORDONOVA, L. **Sexual Visions**. London: Harvester, 1989.



- KINGDOM, E. **What's Wrong with Rights?** Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991.
- LAQUEUR, T. **Making Sex.** Boston, MA: Harvard University Press, 1990.
- MACKINNON, C. **Feminism Unmodified.** London: Harvard University Press, 1987.
- MOSSMAN, M. J. Feminism and Legal Method: The Difference It Makes. **Australian Journal of Law and Society** 3, 1986, pp. 30-52.
- NAFFINE, N. **Law and the Sexes.** Sydney: Allen & Unwin, 1990.
- O'DONOVAN, K. **Sexual Divisions in Law.** London: Weidenfeld & Nicolson, 1985.
- RILEY, D. **Am I That Name?** London: Macmillan, 1988.
- SACHS, A., WILSON, J.H. **Sexism and the Law.** Oxford: Martin Robertson, 1978.
- SMART, C. **Feminism and the Power of Law.** London: Routledge, 1989.
- SPELMAN, E. **Inessential Woman.** Boston, MA: Beacon Press, 1988.
- TRONTO, J. Women and Caring: What Can Feminists Learn about Morality from Caring? In: JAGGAR, A.; BORDO, S. (eds.), **Gender/Body/Knowledge.** London: Rutgers University Press, 1989.
- WALKOWITZ, J. **Prostitution and Victorian Society.** Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- YOUNG, I. M. **Justice and the Politics of Difference.** Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990.

Sobre a autora

Carol Smart

Professora na Universidade de Warwick (Inglaterra) quando o artigo foi publicado.
Professora aposentada da Universidade de Manchester (Inglaterra).

