

# O lugar do Direito na violência contra as mulheres nas relações de intimidade

Madalena Duarte<sup>1</sup>

**Resumo:** Nos últimos anos tem sido intensa a produção teórica e empírica em torno da ligação entre feminismo e direito, emergindo os estudos feministas críticos do direito como um importante espaço de debate e reflexão que desafia o cânone mais tradicional do direito. A questão prévia, e mais ampla, consiste em saber se o direito pode ser um instrumento de promoção da igualdade e um recurso efetivo das mulheres para a garantia dos seus direitos, ou se, pelo contrário, reproduz um sistema de opressão. Neste artigo lançam-se pistas para a investigação desta última hipótese recorrendo a uma das reivindicações feministas que mais atenção tem merecido por parte do Estado e do direito nas últimas décadas: o combate à violência sobre as mulheres. A violência nas relações de intimidade permanece na atualidade como uma relevante fonte de exclusão social. Contudo, com uma crescente visibilidade na esfera pública, traduzida num claro aumento das denúncias, este tipo específico de violência tem sido objeto de diversas políticas, em particular dirigidas à sua criminalização. Baseado numa análise crítica da evolução legislativa do crime de violência doméstica em Portugal e nas entrevistas realizadas a 80 magistrados/as, este artigo procura contribuir para evidenciar algumas das críticas feministas ao direito mediante problemas que persistem no combate a este tipo específico de violência.

**Palavras-chave:** Direito; Teoria Feminista do Direito; Violência doméstica; Feminismo.

**Abstract:** In recent years there has been intense theoretical and empirical debate around feminism and law, having the feminist critical theory of the law emerged as an important forum for debate and reflection that challenges its more traditional perspective. The preliminary question, and wider, is whether the law can be an instrument for promoting equality and an effective means by which women could guarantee their rights, or if, on the contrary, it is a system of oppression. In this article, some hypothesis about this question are raised, using as case-study one of the feminist demands that deserved more attention by the state and law in recent decades: the fight against violence against women. Violence in intimate relationships remains today as a major source of social exclusion. However, with increasing visibility in the public sphere, reflected in a clear upsurge of complaints, this particular type of violence has been the subject of various policies, particularly directed to its criminalization. Based on a critical analysis of the legislative evolution of the crime of domestic violence in Portugal and on interviews with 80 judges and public prosecutors, this paper seeks to contribute to highlight some important feminist critiques of the law by identifying some problems that persist in the legal fight against this particular type of violence.

**Keywords:** Law; feminist jurisprudence; Domestic violence; feminism.

---

<sup>1</sup> Investigadora do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra e do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa.

## Introdução

Nas últimas décadas, as reivindicações pela não discriminação, pela inclusão e por justiça social têm sido traduzidas em apelos pela redação, implementação e efetivação de textos jurídicos emancipatórios. As expectativas, coletivas e individuais, recaem no Direito, perspetivando-o, inevitavelmente, como uma forma de resistência contra a predação neoliberal, a degradação ecológica, o racismo, o patriarcado, a homofobia, a incapacitação das pessoas com deficiência, entre outras. A centralidade que o Direito assume em tais reivindicações, esperando-se uma conformidade na prática judiciária e um acolhimento pedagógico jurídico que exalte das normas legais, tem ido ao encontro dessas expectativas?

Nesse cenário, defendi, num outro texto (Duarte, 2011), que é necessário uma reinvenção do Direito no encalço de uma justiça de alta intensidade. A justiça de alta intensidade exige que os tribunais não se centrem nessas questões, mas antes ousem olhar para os conflitos substantivos e estruturais que subjazem nas nossas sociedades, indo, assim, ao encontro das reivindicações atrás mencionadas. Tal desígnio tem implicações nas reformas no direito substantivo, no direito processual e na organização judiciária. As transformações refletem-se necessariamente, entre outras, na ênfase conferida aos direitos coletivos, num acréscimo de iniciativa e controlo democrático por parte do sistema judicial, numa maior participação por parte dos e das cidadãos e cidadãs e das organizações cívicas, numa relação mutuamente enriquecedora, e num paradigma cultural mais consciente das diversas formas de opressão.

O patriarcado é, sem dúvida, uma das formas de silenciamento e subalternização mais resistentes e transversais nas diferentes sociedades, tornando-se premente analisar, num espaço e tempo em que os quadros jurídicos normativos nacionais e internacionais tendem a ser promotores da igualdade entre homens e mulheres, as conquistas que o direito tem efetivamente permitido/possibilitado e com que intensidade. É certo que o estado de direito e a democracia representativa criam a impressão de que todos/as os/as cidadãos/ãs têm direitos iguais e o mesmo valor social. Mas, quando rasgamos um pouco mais a capa de igualdade aparente promovida pelo liberalismo, somos confrontados com múltiplas discriminações e desigualdades. Impõe-se, então, indagar se o Direito oferece efetivamente ao feminismo instrumentos úteis nessa luta contra o patriarcado.

A luta feminista selecionada foi a luta contra a violência exercida sobre mulheres nas relações de intimidade, mormente designada de violência doméstica. A violência nas relações de intimidade permanece na atualidade como uma relevante fonte de exclusão social. Contudo, com uma crescente visibilidade na esfera pública, traduzida num claro aumento das denúncias, este tipo específico de violência tem sido objeto de diversas políticas, em particular dirigidas à sua criminalização. Neste artigo,<sup>1</sup> baseado numa análise crítica da evolução legislativa do crime de violência doméstica em Portugal e nas entrevistas realizadas a 80 magistrados/as (45 magistradas/os judiciais e 35 magistrados/as do Ministério Público),<sup>2</sup> pretendo colocar em diálogo algumas das críticas feministas ao Direito com problemas que persistem no combate a este tipo específico de violência.

## 1. Os *Critical Legal Studies* e a Teoria Feminista do Direito

O interesse na conquista e efetivação dos direitos das mulheres emergiu com a primeira vaga do feminismo e o movimento sufragista, mas a mobilização das feministas pela conquista de direitos continuou nos séculos seguintes com as lutas pela igualdade de oportunidades no emprego, pelas leis reprodutivas, por uma sexualidade livre e pelo fim da violência sobre as mulheres. As lutas deram-se ao nível da conquista de direitos, mas também, e sobretudo nas décadas mais recentes, pela efetivação dos direitos adquiridos. A arena legal, nomeadamente os tribunais, passou a ser um campo de batalha pela justiça de género que o Direito já havia prometido garantir.

A preocupação com o tratamento jurídico e judiciário das mulheres assumiu contornos mais visíveis no meio judiciário e académico no início da década de 1970, nos EUA, com os contributos de um conjunto de académicas em jornais, revistas científicas, revistas jurídicas, colóquios, etc., que demonstraram que a produção masculina do conhecimento – através do Direito, da ciência ou da cultura – criou hierarquias que consignaram as mulheres para a inferioridade e exclusão. A crítica feminista nestas arenas evidenciou a necessidade de contestar estes conhecimentos nos moldes tradicionais (Sunder, 2007). Era, assim, lançada uma corrente de pensamento sobre o Direito estatal que veio a ser conhecida como *Feminist Jurisprudence* (Teoria Feminista do Direito).

Vários fatores potenciaram a emergência desta corrente. Alguns/mas autores/as

(e.g. Ashe, 1997) defendem que esta foi uma extensão natural e previsível para o Direito do processo que já ocorria noutras áreas disciplinares: penetração do movimento feminista na academia. Outras/os autoras/es indicam a entrada massiva das mulheres nas Faculdades de Direito e, conseqüentemente, nas profissões jurídicas como o fator determinante na consolidação de uma teoria feminista do direito (Kay e Gorman, 2008; Kohen, 2008). Contudo, a maioria dos autores/as, como Menkel-Meadow (1991), considera que diversas feministas emergiram dos *Critical Legal Studies* (CLS), na década de 1970.

Os CLS consistem num grupo de estudos sobre Direito, associados à esquerda política, levado a cabo por professores/as, cientistas sociais, estudantes e advogados/as. Os CLS desenvolveram uma análise crítica do papel do Direito - a lei e as instituições judiciais - na manutenção do *status quo*. Aliás, nessa perspectiva seguem na esteira dos estudos neomarxistas ao reforçarem o papel da alienação social na manutenção das estruturas sociais (Weisberg, 1993). Os CLS criticam precisamente o Direito por legitimar as hierarquias existentes ao ligar o conceito de liberdade, tão prezado nas sociedades capitalistas, a conceitos jurídicos que sustentam a inevitabilidade da existência dessas estruturas sociais desiguais. A liberdade individual potencializa a alienação e enfraquece o poder coletivo, criando uma ilusória igualdade social que torna a consciência pública coletiva passiva e adormecida.

Neste sentido, é contundente à sua crítica ao liberalismo, enquanto ideologia capitalista ocidental, por moldar o mundo em termos de valores contraditórios como razão/desejo, liberdade/necessidade, individualismo/altruísmo, autonomia/comunidade, subjetividade/objetividade. O sistema legal tende a sustentar essas contradições e não almeja resolver os verdadeiros conflitos que se escondem por detrás delas ou que a elas dão origem. Pelo contrário, estes são conceitos abstratos que permitem aos tribunais, nas suas decisões, irem oscilando entre um valor e outro sem aparente (e/ou real) coerência, tornando-se os direitos instáveis, relativos e manipuláveis. Os CLS contestam esta abstração defendendo que nenhum direito pode ser universal nem estar dissociado de um contexto social, espaço e tempo específicos.

Por tudo isto, os CLS defendem que o Direito e os direitos não são instrumentos no enalço da emancipação social e podem mesmo ser contraproducentes nas lutas, sobretudo coletivas, por aquela. Consideram que pequenas vitórias judiciais levam a que os

objetivos radicais dos movimentos sociais sejam normalizados e que a consciência de direitos, existentes ou não, seja substituída pelo entendimento dos direitos atribuídos pelo Estado (Duarte, 2011). Deste modo, o recurso ao Direito garante que o poder persiste nas mãos do Estado e não da população, que é alvo de alineação social (Weisberg, 1993).

Os CLS, apesar de diversos, estão unidos na sua rejeição do pensamento tradicional jurídico e, nesse sentido, inspiraram a emergência ou a consolidação da Teoria Feminista do Direito. A Teoria Feminista do Direito (TFD) partilha com esta corrente de estudos a crítica à manipulação, indeterminismo e à legitimação pelo Direito de determinadas relações sociais opressoras e hierarquias ilegítimas, entre elas, a de gênero. Apesar das semelhanças, há diferenças assinaláveis. Os CLS, constituídos sobretudo por homens brancos, partem de uma posição de poder; as feministas do Direito partem de uma posição de desvalorização, dominação e opressão. Assim, rapidamente em conferências, artigos científicos em revistas, etc., essas feministas críticas começaram a ser *guetizadas*, pela simples razão que a TFD tem como centro de análise o gênero e os CLS não. Percebeu-se progressivamente que se os CLS e a TFD fossem só uma corrente teórica, então essa seria os CLS (Rhode, 1990). Para além disso, se os CLS foram, e são, alvo de críticas contundentes por não desenvolverem uma alternativa positiva que possa sustentar as suas críticas ao Direito, as teóricas feministas absorveram e refletiram sobre estas críticas procurando usá-las para o desenvolvimento de uma prática feminista construtiva em relação ao Direito.

Como consequência, o movimento feminista crítico do Direito começou a tomar uma forma autónoma e consistente na década de 1980. E, hoje em dia, apesar de relativamente recente, podemos afirmar que a TFD é considerada um dos movimentos mais importantes no seio do pensamento em torno do sistema legal e jurídico (Weisberg, 1993). Se, como refere Boaventura de Sousa Santos, a pergunta “poderá ser o direito emancipatório?” só pode ser respondida em todo o seu potencial no âmbito de uma revolução democrática da justiça (Santos, 2007), então o contributo da TFD não pode ser ignorado.

### **1.1 As Teorias Feministas do Direito e a violência contra as mulheres em relações de intimidade**

Para algumas autoras, não é sensato falar numa única Teoria Feminista do Direito; “a verdade única” não existe nem é produtora. Primeiro, não podemos falar em feminismo no singular porque as perspectivas são múltiplas.<sup>3</sup> Depois, se a Teoria Feminista do Direito é uma análise da relação entre o Direito e a sociedade do ponto de vista de todas as mulheres (MacKinnon, 1989), essa multiplicidade de vozes não deve ser aglutinada. Para além dos perigos do universalismo, há ainda o risco de se centrarem as questões em meros aspetos legais, técnicos até, negando-se e negligenciando-se outros discursos, como se a opressão das mulheres pudesse ser combatida apenas através do Direito e das suas instituições. Deve, pois, falar-se em Teorias Feministas do Direito. Para algumas trata-se de adaptar o Direito às questões de género – por exemplo, ter sempre em conta o princípio da igualdade quando se legisla -, para outros não é possível obter uma jurisprudência feminista sem uma total reconceptualização da justiça e do Direito. De qualquer modo, todos os caminhos apontam para a necessidade de se introduzir uma perspectiva feminista no direito, caminho que se tem mostrado particularmente difícil.

O estado da arte sobre esta questão permite reunir um conjunto de argumentos, muitos deles na esteira dos estudos críticos do Direito, que sustentam a ineficácia do Direito nas lutas pela transformação social da vida das diferentes mulheres:

At present it seems as if feminist ‘legal theory’ is immobilized in the face of the failure of feminism to affect law and the failure of law to transform the quality of women’s lives. Feminist scholarship has become trapped into debates about the ‘usefulness’ of law to the emancipation of women, or the relative merits of ‘equality’ versus ‘difference’ as strategies, or the extent to which law reflects the interest of patriarchy, or simply men. These are necessary debates but they have the overwhelming disadvantage of ceding to law the very power that law may then deploy against women’s claims. (Smart, 1989: 5).

A premissa de partida pode ser muito claramente a seguinte: as sociedades são “a imagem que têm de si vistas nos espelhos que constroem para reproduzir as identificações dominantes num dado momento histórico” (Santos, 2000: 45). São esses espelhos que permitem que sejam criadas rotinas que assegurem o funcionamento da sociedade. Se um dos espelhos é, sem dúvida, o Direito que não só reflete a sociedade, como garante o seu funcionamento (Duarte, 2011), então o que reflete é uma sociedade patriarcal<sup>4</sup>.



Não obstante, se esta resignação é, como vimos, um legado dos CLS, percebemos, igualmente que várias teóricas feministas procuram, ainda assim, construir uma prática feminista positiva em relação ao Direito, ainda que sem ilusões românticas do papel daquele na sociedade. Veremos refletido no Direito apenas o patriarcado significa que continuamos a usar o homem como norma e a mulher como reflexo no espelho. E se tal não for uma inevitabilidade?

O pós-estruturalismo consegue que nele ancoremos uma visão algo otimista, ainda que possa não ser essa a intenção desta corrente teórica. Para Foucault (1990), a partir do século XVIII surgiu nas sociedades modernas uma outra forma de poder, mais disseminada – o poder disciplinar – que veio esvaziar o poder político-jurídico. A sua teoria tem a vantagem de demonstrar que há uma multiplicidade de formas de poder na sociedade e não um monopólio exclusivo no âmbito do Estado. Mas tal não significa que o campo do Direito tenha perdido relevância na análise e na configuração das relações de gênero. Desde logo, as teorias feministas do Direito têm-se inspirado significativamente na corrente foucaultiana para demonstrar o modo como a arena legal é um campo privilegiado de reprodução subtil das desigualdades. Depois, algumas feministas alertam para o facto de o Direito ser uma formação complexa, que não pode ser invocada para atender plenamente os objetivos de um qualquer sistema político. Nessa medida, o Direito não é um mero instrumento de um Estado onnipotente. Seus efeitos são desiguais em todas as dimensões, e os objetivos dos legisladores e mesmo dos governos pode ser contrariado pela independência relativa da lei e do judiciário (Smart, 1999).

Por fim, se, de facto, Foucault rejeita a concepção de poder como algo exclusivamente jurídico, também diz provocativamente que onde há poder há resistência e, talvez por isso mesmo, esta nunca está numa posição de exterioridade em relação ao poder (Foucault, 1980: 98). Sendo a imanência ou a exterioridade ao poder uma questão mais puramente filosófica que política, essa provocação necessariamente coloca o Direito, tantas vezes tido como mero instrumento de dominação, no enalço das exterioridades da nossa imaginação social.

É certo que o Direito requer a divisão do comportamento em masculino e feminino. Se esta divisão, apesar de ser uma construção política e social, for vista como natural e inevitável, então torna-se verdade, uma verdade jurídica (Butler, 1990). Mas

Butler não entende este processo como uma inevitabilidade porque se estamos embrenhados/as nestes conceitos, tal não significa que não nos sintamos impelidas/os a violá-los. O sistema não consegue impedir a resistência e a subversão (1990: 51). Deste modo, quando a imaginação social passa pelo combate à desigualdade de gênero, buscamos a distinção de Derrida (1990) entre Direito e justiça e o posicionamento das mulheres do lado da justiça. Para Derrida, os conceitos de justiça e de mulher desempenham um papel na desconstrução do Direito, enquanto *Law of the father*, pelo que cabe às feministas identificar os constrangimentos daquele e as razões pelas quais não foi ao encontro das expectativas do feminismo. Sem ambicionar esgotar aqui todos esses constrangimentos, enumero de seguida alguns, ancorando-os na investigação empírica realizada.

## 2. O Direito na proteção da intimidade

Se até há uns anos a maioria dos países tendia a negligenciar a existência deste problema, hoje podemos afirmar que o tratamento legal da violência doméstica é uma prioridade, facilitando a intervenção do Estado e outros organismos nestas situações. Para tal contribuiu um dos mais importantes aspetos da crítica feita pelo feminismo radical assente numa problematização da dicotomia entre esfera pública e esfera privada. Como referiu Pateman, "a separação e a oposição entre as esferas pública e privada na teoria e na prática liberal (...) é, em última análise, aquilo a que se refere o movimento feminista" (1983: 281). A bandeira feminista "o pessoal é político" surge historicamente na esteira contra a corrente liberal que reivindicava para as mulheres os direitos dos homens. Como elucida Susan Olkin (2008), o feminismo do século XIX - e inícios do XX – reivindicou os direitos das mulheres na esfera pública, como a educação ou o sufrágio, com o argumento de que fariam dessas mulheres esposas e mães melhores, não desafiando o papel particular da mulher na família. Havia, pois, uma tendência no movimento feminista que se alastrou até ao início da segunda onda do feminismo nos anos de 1960, para assentir numa forte e natural ligação das mulheres com a esfera doméstica. Num outro extremo, o feminismo radical dirigia a sua combatividade para a instituição da família por considerar que nesta residia a maior opressão das mulheres. Da recusa simultânea em aceitar a divisão do trabalho entre os sexos como natural e em abdicar da luta pela transformação na esfera



pessoal da sexualidade, do trabalho doméstico e da família e do reconhecimento das interligações dinâmicas entre ambas as esferas, surgiu, então, o *slogan* atrás enunciado (Olkin, 2008, 313).

A violência doméstica contra as mulheres é paradigmática destas ténues fronteiras. Para muitas mulheres, o lar, com o ideal romântico da privacidade, pode ser mais perigoso do que qualquer espaço público, e a ação estatal pode ser necessária dentro da esfera doméstica para proteger a privacidade e impedir o abuso (Kimlicka, 2002: 398). Essa perigosidade adensa-se quando a arena legal se alia com um tipo ideal de família conservador. A análise histórico-jurídica de Reva Siegel (1996) vai ao encontro deste argumento ao demonstrar que a perda de legitimidade do direito a bater na mulher, dominante até ao século XIX, foi substituída progressivamente pela afirmação do direito à privacidade, emergindo a intimidade afetiva como uma retórica adequada para legitimar a impunidade da violência nos tempos modernos. A igualdade formal entre as partes converte os vínculos conjugais num resultado de dinâmicas afetivas destituídas de hierarquia e pautadas pela *rule of love* (Siegel, 1996: 2120).

Os argumentos da harmonia familiar, proteção de sentimentos, salvaguarda da intimidade, abrigados no chapéu do direito à privacidade, subsistiram ao longo da história como justificação para a ausência de uma intervenção protetora por parte do Estado das mulheres contra a violência doméstica, contra a violação no casamento, ao mesmo tempo que não se reconhecia mais ao homem o direito de exercer tal violência (Siegel, 1996; Schneider, 2002).

Assim, muitas feministas têm argumentado que os direitos de cidadania das mulheres não estão assegurados enquanto na esfera privada essas continuarem a ser objeto de violência (Naranch, 1997). Segundo essa perspetiva, ainda que as mulheres conquistem a igualdade legal, a representação política e os meios económicos para exercer os seus direitos enquanto cidadãs, a integração das mulheres na sociedade será sempre menos completa do que a dos homens, enquanto continuarem a ser alvo de violência doméstica.

Podemos afirmar que Portugal fez um esforço significativo nesta matéria. Este é um empenho relativamente recente, localizado a partir do 25 de Abril de 1974 - mais especificamente com a Constituição de 1976 -, muito devido às movimentações populares que traziam consigo fortes reivindicações em torno da consagração de direitos. É certo que

em Portugal este foi um processo lento, devido, em grande medida, aos quarenta e oito anos de ditadura (1926-1974). Como consequência, e não obstante a violência contra as mulheres começar, na década de 1960/70, a emergir nos feminismos europeus como uma prioridade, esta reivindicação só teve eco público em Portugal em 1982, com a criminalização da violência exercida no seio da família. Esta foi uma importante conquista, tendo em conta que durante milénios práticas violentas contra as mulheres no seio da família eram não apenas toleradas, como até encaradas como algo que escapava por completo à tutela do Direito e do Estado. O Direito só reconhecia legitimidade ao Estado para intervir na vida familiar quando estavam em causa os direitos patrimoniais inerentes às relações familiares.

Mas a redação do artigo 153.º do Código Penal de 1982, que consagrou o crime de maus-tratos a cônjuge na ordem jurídica portuguesa, nunca satisfez totalmente as organizações feministas, por ser uma versão adaptada de uma proposta inicial onde esta problemática não era sequer considerada, mas apenas os maus-tratos sobre as crianças. Como consequência, o denominador comum presente em todo o artigo - uma relação de subordinação entre o agente e a vítima (menores, indefesos de diversa espécie e subordinados) - tornou-se extensível às relações conjugais nas quais imperava, supostamente, a igualdade entre marido e mulher.

Um longo caminho se percorreu desde 1982 até à última modificação nesta matéria. A reforma penal de 2007, aprovada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, introduziu alterações significativas, nomeadamente a autonomização do tipo legal de crime intitulado violência doméstica, atualmente previsto e punido pelo artigo 152.º do Código Penal.<sup>6</sup> Uma vez mais, o conceito utilizado não agradou a todas as organizações feministas que atuam, direta ou indiretamente, na área da violência doméstica por duvidarem se estas políticas sociais e legislativas, não obstante o seu contributo, se integram numa política de género mais ampla. Assim, uma primeira crítica das TFD que podemos aplicar ao caso específico de Portugal é que se o Direito, por um lado, tem o poder de dar visibilidade a algumas questões ao enquadrá-las em termos de lei e reivindicação de direitos, por outro, ao fazê-lo nem sempre está a levar a uma consciencialização dos reais e profundos problemas que estão por detrás dessas questões e que não se resumem a questões jurídicas pontuais (Rifkin, 1989). Desse modo, o patriarcado não pode ser combatido através do

Direito se este não questionar o seu próprio carácter patriarcal e, para algumas feministas, é nisso que o feminismo crítico do Direito tem falhado em obter (Smart, 1989: 82).

Nesta legislação particular colocava-se, pois, em causa se não se deveria optar pelo termo de violência de género, à semelhança do que acontece na legislação espanhola, ao invés de violência doméstica. Derrida diz que a realidade social, incluindo a definição de poder, e as experiências empíricas não podem ser separadas dos significados que lhes atribuímos. Nós não vemos a realidade diretamente, vemos a realidade como ela é nomeada, através da linguagem, e isso, ao nível do Direito, em particular do Direito Penal, tem consequências:

Quando se discute, em Direito Penal, a ideia de “bem jurídico” como limitadora dos factos a incriminar, usa-se normalmente uma linguagem que de alguma forma pressupõe consensos muito amplos – se não unanimidade – quanto ao que sejam os interesses fundamentais dos membros de uma sociedade e uma semelhança de ‘poder de negociação’, ou de ‘poder de afinação’, quanto ao que sejam esses interesses e a sua hierarquização. (...) Tal perspectiva ignora os profundos desequilíbrios de poder discursivo, definitório, de tais ‘bens jurídicos’, em termos de hierarquias sociais e grupos de divergentes interesses (...). (Beleza, 1990: 379).

Conceitos neutros como parentalidade, cônjuge ou violência doméstica não vão ao encontro das experiências políticas, culturais, legais e emocionais das mulheres como mulheres/esposas e mães (Butler, 1990). E se não nos sentimos confortáveis com palavras supostamente neutras em termos de género, como as atrás referidas, considerando que não representam a realidade, isto é um sintoma, segundo Butler, do sistema dominante a procurar criar-nos ilusões através do Direito.

Não obstante os problemas em torno da lei aqui sumariamente indicados, autoras feministas do Direito, como Teresa Beleza, defendem que, em Portugal, “o legislador está certamente a levar a sério a incriminação da violência entre pessoas próximas, familiar, doméstica, ou como se queira chamar. A jurisprudência terá o caminho aberto por esta revisão de 2007 relativamente facilitado, uma vez que as especificações do preceito são mais acentuadas.” (Beleza, 2007: 10-11).

## 2.1. A Lei na prática

A revisão penal de 2007 alargou as possibilidades de aplicação de penas acessórias no caso de crime de violência doméstica. Além da possibilidade de aplicação da pena acessória de proibição de contacto com a vítima, incluindo a de afastamento da residência desta, já prevista na revisão de 2000, o legislador prevê o afastamento do local de trabalho da vítima, a possibilidade de tal pena acessória ser controlada com recurso a meios técnicos de controlo à distância, a possibilidade de aplicação de pena acessória de proibição de uso e porte de armas e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica, aumenta a moldura penal da pena acessória, que passa a ser de 6 meses a 5 anos, e prevê a possibilidade de aplicação de uma nova pena acessória: a inibição do exercício do poder paternal por um período de um a dez anos. Essa foi tida como uma transformação fundamental. Quando analisamos as condenações, constatamos que o número de condenados por violência doméstica tem vindo a aumentar significativamente (com 71 condenações em 2000 e 718 em 2009), fruto de uma tendência crescente para apresentação de queixas na polícia, do facto de o crime ter assumido natureza pública em 2000 e, também, de uma crescente consciencialização social da gravidade deste tipo de fenómeno que teve tradução no empenho dos/as magistrados/as nesta matéria e na lei. No entanto, e apesar da significativa diminuição, a pena mais aplicada nestes casos continua a ser a pena de prisão suspensa simples (em 2000, esta pena representou 92% das penas aplicadas e, em 2009, 38%). Esta pena, por não implicar qualquer dever de sujeição ou regra de conduta por parte do arguido, conduz, para grande parte das pessoas entrevistadas, a um certo sentimento de impunidade que tem consequências naquele conflito específico, com o agressor a sentir que não lhe foi aplicada qualquer pena, e em termos de prevenção geral deste tipo de crime na sociedade.

Estes dados sugerem que apesar da progressão legislativa, o crime de violência doméstica não é, ainda, por muitos/as magistrados/as percebido como um crime de grave índole. Robin West (1988), entre outras, diz que o Direito é percebido como masculino precisamente porque os valores, os perigos e as contradições fundamentais que caracterizam a vida das mulheres não são consideradas na lei. O valor oficial do Direito é a autonomia, atribuída aos homens, e não a intimidade, ligada às mulheres, e a consequência disso é a desvalorização da violência sofrida (por exemplo, a violação teve de ser reconhecida como um crime, mas como um crime reconhecido pelos homens como a

violação da honra da família, invasão da casa privada, etc.; por isso há obstáculos em reconhecer a violação no casamento ou namoro). Como resultado, a autora diz que muitas das reformas relativas à violência doméstica, violação, assédio sexual e outras formas de violência sobre as mulheres têm sido que a lei as reconheça como sendo equivalentes às sofridas pelos homens, hoje as TFD têm de ir mais além no desafio ao Direito: “Masculine jurisprudence must become humanist jurisprudence and humanist jurisprudence must become a jurisprudence unmodified” (West, 1988:72).

## **2.2. A construção social das mulheres vítimas de violência na prática judiciária**

Embora se assista a uma cada vez maior sensibilização e empenho por parte das magistraturas no combate a esse tipo de violência, não podemos deixar de notar que o discurso judicial se vai mantendo fiel a certos modelos sociais que regulam as relações de gênero. Como refere Teresa Beleza (2004), apesar das modificações legislativas, as práticas sociais e o seu reconhecimento normativo nas decisões judiciais encarregam-se de travar as mudanças mais significativas e mais profundas.

Para tal não é indiferente o modo como as ideias, as imagens sociais ou os preconceitos relativos às mulheres interagem no quotidiano dos Tribunais, e designadamente na produção do discurso judiciário. Diversos estudos têm vindo a demonstrar que não obstante a consagração legal do princípio da Igualdade perante a Lei, que as mulheres, enquanto grupo social, são mais severamente afetadas por mitos, preconceitos e estereótipos sexistas, contidos quer nas leis, quer nas mentes dos juízes. Isso tem consequências a vários níveis (e.g. Bowman *et. al*, 2010; Thomas & Boisseau, 2011; Beleza, 2001).

Desde logo, a criação de uma tipologia aplicada às vítimas. Para Lynn Schafran (1985), os três estereótipos mais marcantes refletidos nas decisões judiciais são os seguintes: "Maria", a mulher casta/doméstica, para quem a maternidade é a suprema realização, e inábil para tomar qualquer posição que implique autoridade sobre outras pessoas; "Eva", a eterna tentadora que leva os homens a delinquir, e que é também agente da sua própria vitimização, designadamente nos crimes sexuais; e a "Super Mulher", aquela que está no mercado de trabalho em plenas condições de igualdade salarial com os seus

colegas homens, e que dispõe, em consequência, de recursos próprios para por si, se sustentar e aos/às seus/suas filhos/as, sem necessidade, portanto, de qualquer ajuda por parte do pai dos/as seus/suas filhos/as. Alguns destes estereótipos foram encontrados nas narrativas de alguns/mas dos/as magistrados/as entrevistados/as. Adaptando a categorização de Schafran (1985), foi possível identificarmos tipos de vítimas, não necessariamente exclusivas, nem excludentes. Em primeiro lugar, temos a “vítima inocente”, que fez um grande esforço para manter a família e a relação afetiva, apesar de ser seriamente agredida fisicamente. Esta mulher, apesar de agredida, tardou a apresentar denúncia devido, em especial, à sua baixa instrução ou dependência econômica do agressor. Este tipo ideal de vítima vai ao encontro de “Maria”:

Há mulheres que vemos claramente que foram realmente vítimas de violência. Que sofreram durante anos e anos, que contam a sua história a soluçar. Mas aquele era o homem que amavam e, por isso, hesitaram apresentar queixa. Tentaram mudar elas a situação. Consigo compreender isso. (E2, Magistrada judicial)

O segundo tipo de vítima identificado nos discursos de magistrados/as é o da “vítima tão culpada quanto o agressor”. Aqui encontramos discursos de atenuação da gravidade do comportamento do agressor, por atos da vítima tidos como provocatórios (por exemplo, infidelidade ou comportamento agressivo):

Há vítimas que se põem a jeito. A vítima cria situações de provocação, só que depois não consegue resolver o problema, nem encontrar solução. (...) Isto é como as violações. Como eu costumo dizer, a mulher pode permitir tudo até à última, mas depois diz que não. E não é não. Se o homem continuar está a violar, não há dúvidas nenhuma. A vontade da pessoa tem de ser muito ponderada. Claro que a mulher que depois andou até às últimas, a permitir tudo e mais alguma coisa, acaba por ter algum merecimento nesta situação. Mas a verdade é esta, servirá para compreendermos melhor a atitude do arguido, mas não servirá tanto para desculpá-lo. Embora isto não deixe de ser de alguma maneira um fator desculpabilizante. (...) Na violência doméstica pode haver muitas situações destas (...) Quando a outra pessoa se deixa subjugar é uma carga de trabalhos. (E3, Magistrado judicial)

É possível encontrar na jurisprudência alguns exemplos. Em maio de 2004, o Supremo Tribunal de Justiça lavrou um acórdão sobre crime de homicídio em que aceitou o incumprimento do dever de sujeição sexual da mulher ao marido como circunstância atenuante da pena por homicídio:



No doseamento concreto, haverá de ter em conta nomeadamente as circunstâncias de cariz agravante que se enunciaram, não esquecendo ainda assim as [poucas] atenuantes de que o arguido deve beneficiar, e assim, por um lado, que é analfabeto, e, também, que a vítima, sem que se saiba porquê - ignorância mais uma vez favorável ao arguido em sede de valoração da prova - «após finais de março de 2002, quando o arguido regressou de França depois de ter terminado um contrato de trabalho, (...) passou a não querer manter relações sexuais com ele», circunstância, que, pelo menos, permitirá a afirmação de que nem só do lado do arguido terá havido violação dos deveres conjugais, e pode até ajudar a explicar as dúvidas surgidas naquele espírito pouco iluminado sobre a (in)fidelidade dela (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de maio de 2004).

Refira-se, no entanto, que, contrariamente à anterior, esta categoria foi significativamente menos frequentemente identificada nas narrativas dos/as magistrados/as entrevistados/as.

O terceiro tipo de vítima é a “vítima imaginária”, aquela mulher, que por estados depressivos, de carência afetiva ou de paranoia, cria situações não reais de vitimização.

Por fim, e usando a categoria já referida de Schaffran, temos a “super mulher”. Esta categoria, refletindo uma mulher economicamente independente e com uma carreira profissional bem sucedida, surge como a antítese das outras “vítimas”. Verificámos que tende a haver uma resistência em admitir que mulheres com tais características se submetam a uma situação de violência numa relação de intimidade, sobretudo quando esta é prolongada:

Posso dizer-lhe que 90% das queixas de violência doméstica que aqui chegam são falsas. São mulheres que usam o processo-crime para os casos de divórcio, de regulação das responsabilidades parentais e que não são realmente situações de violência doméstica. (...) Então quando chega aqui uma senhora, com o seu próprio advogado, sem ser oficioso, com um discurso muito articulado, que sabe muito bem o que dizer e o que quer, desconfio logo. (E4, Magistrada do Ministério Público)

Esta resistência vai ao encontro da proposição, sugerida pela teoria liberal, de que a concepção de autonomia e cidadania não pode acomodar situações de violência nos relacionamentos íntimos, porque o autodomínio decreta que o indivíduo, simplesmente, se vá embora ou que lide com a situação sem a intervenção do Estado – o que não é viável para a maioria de mulheres que sofrem abusos (Pateman, 1988).

A construção social de vítima está tão enraizada na sociedade que leva a que estes

atores judiciais tenham pouca, ou mesmo nenhuma, consciência, dos estereótipos que carregam. Isto é tanto mais grave quanto é assumido que neste tipo de criminalidade, “as declarações das vítimas merecem uma ponderada valorização, uma vez que maus tratamentos físicos ou psíquicos infligidos ocorreram normalmente dentro do domicílio conjugal, sem testemunhas.” (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06/06/2001).

Esta questão específica evidencia o modo como, não obstante reformas legais progressistas, se podem perpetuar situações de injustiça e como novos discursos e racionalidades se desenvolvem para justificar a continuidade da disparidade do gênero em situações de violência (Siegel, 1996). Demonstra, igualmente, que aspetos relativos à conduta sexual da mulher persistem em várias decisões judiciais sobre violência nas relações de intimidade e são frequentemente determinantes. O corpo é, como Foucault sugere, um local onde se encontram discursos médicos, jurídicos, biológicos, epidemiológicos, criminológicos, etc., e isto acontece sobretudo relativamente ao corpo da mulher, que assim conhece uma maior regulação através deste diálogo interdisciplinar. O Direito tem usado, ou permitido o uso, dos corpos das mulheres como ponto de entrada para normas e valores sociais (Smart, 1989: 113).

### **Reflexões finais**

As feministas do Direito, mais do que procurar desconstruir o Direito, intentaram compreender a construção da matriz do Direito sustentada pelo (e que sustenta) *status quo* patriarcal para o conseguirem questionar. A questão prévia, e mais ampla, consiste em saber se o Direito – aqui entendido como Direito estatal – pode ser um instrumento de promoção da igualdade e um recurso efetivo das mulheres para a garantia dos seus direitos, ou se, pelo contrário, este não é mais do que um sistema de opressão. É consensual entre as diferentes feministas que o Direito tem historicamente contribuído para a perpetuação, legitimação e/ou reprodução das relações patriarcais.

Uma crítica feminista do Direito à problemática da violência contra as mulheres nas relações de intimidade possibilitou constatar que o recurso ao Direito tem tanto de temeroso quanto de inevitável. Temeroso porque, se há dúvidas que o Direito produza, *per se*, relações patriarcais, o mesmo já não acontece relativamente à contribuição que aquele

dá à perpetuação, legitimação e reprodução das mesmas na sociedade. Inevitável já que é difícil para o movimento feminista não traduzir as suas reivindicações em direitos. O que não tem tal tradução não existe e, pior, acentua a clivagem entre opressores/as e oprimidos/as (Williams, 1988).

Obviamente que a resposta para os casos de violência doméstica não se esgota no Direito, e o Estado tem atuado noutras áreas, como na prevenção ou no aumento de valências sociais de apoio às vítimas. Não deve, ainda assim, ser ignorado que, no âmbito das relações de género, esta tem sido, nos últimos anos, a área onde a produção legislativa foi mais profícua. Sigo, pois, na esteira de Teresa Beza ao afirmar que “a crença excessiva na capacidade reguladora do Direito é tão incorreta como a convicção da irrelevância da instância jurídica” (1990: 19).

Apesar das modificações legais, as entrevistas realizadas, a par da análise dos dados judiciais, parecem sugerir que há ainda um longo caminho a percorrer. Tal verifica-se a vários níveis: em decisões judiciais que nem sempre valorizam a violência exercida sobre as mulheres; em sanções que traduzem um sentimento de impunidade pelos agressores; em processos demasiadamente morosos; em categorizações estereotipadas do que é ser vítima no âmbito de uma relação de intimidade. Mas, se a legislação e a formação vão pontualmente procurando minimizar os problemas enunciados, o caminho mais difícil de desbravar parece ser o de combater os mitos e estereótipos sobre a violência de género existentes na sociedade e, logo também, no seio da comunidade jurídica, mormente nos tribunais. Esta constatação faz-me concordar com Ferreira (2011), quando nos diz que a igualdade de género na lei se fez antes da mudança de mentalidades; e com Beza (2004) quando afirma que a igualdade, mesmo extravasando o campo meramente formal e sendo material e substantiva, é minada pelas desigualdades estruturais na sociedade.

Estas práticas judiciárias devem ser analisadas e evidenciadas. Um projeto feminista pode, (1) partindo de um desencanto e de uma lógica da suspeição em relação ao Direito, (2) da sua incapacidade de uma transformação social progressista e (3) de perspetivar aquele como reflexo e reprodutor de um *status quo* em que prevalecem as relações sociais desiguais de género, reconhecer as mudanças que têm vindo a ser implementadas, e usá-lo como instrumento na luta pela igualdade (Fineman, 2011; Levit, 2006; Schneider, 2000; Bender, 1993). As Teorias Feministas do Direito oferecem ao

sistema legal duas escolhas: ou age segundo as promessas legislativas e políticas, ou é exposto numa total nudez como um sistema de poder e dominação (Smart, 1999: 138).

### Referências Bibliográficas

Ashe, Marie (1997), "Bad Mothers" and Welfare Reform in Massachusetts: The Case of Clarabel Ventura, in Martha A. Fineman and Martha T. McCluskey(eds.), *Feminism, media and the law*, Oxford:Oxford University Press,203-216.

Beleza, Teresa (1990), “*Muheres, Direito, Crime ou a Peplexidade de Cassandra*”. Lisboa: Dissertação de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito de Lisboa.

Beleza, Teresa (2007), “*Violência Doméstica*”, Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, Versão eletrónica, consultada a 04.01.12, em [http://www.cej.mj.pt/cej/forma-continua/fich-pdf/formacao2007-08/jornadas\\_penal\\_textos/violencia\\_domestica\\_lisboa2007tpb.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/forma-continua/fich-pdf/formacao2007-08/jornadas_penal_textos/violencia_domestica_lisboa2007tpb.pdf).

Beleza, Teresa (2004), “Anjos e monstros – A construção das relações de género no direito penal”, *Revista Ex Aequo*, 10, 29-40.

Beleza, Teresa (2001), “‘Clitemnestra Por Uma Noite’: A Condição Jurídica das Mulheres Portuguesas no Séc. XX”, *Panorama da Cultura Portuguesao Séc. XX*, Versão eletrónica, consultada a 04.01.12, em <http://pt.scribd.com/doc/38948894/Clitmnestra-Por-Uma-Noite-Teresa-Beleza>.

Bender, Leslie (1993), “A Lawyer’s Primer on Feminist Theory and Tort”, in D. Kelly Weisberg (ed.), *Feminist Legal Theory Foundations*, Philadelphia: Temple University Press, 58-74.

Bowman, Cynthia Grant; Rosenbury, Laura A.; Tuerkheimer, Deborah; Yuracko, Kimberly A. (2010), *Feminist Jurisprudence, Cases and Materials*, New York: West.

Butler, Judith (1990), “*Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity.*” London: Routledge.

Derrida, Jacques (1990), “*Force of law: the ‘mystical foundation of authority’*”, *Cardozo Law Review*, 5-6, 919-1046.

Duarte, Madalena (2011), “*Movimentos na Justiça - O Direito e o Movimento Ambientalista em Portugal,*” Lisboa: Edições Almedina.

Ferreira, Virgínia (2011), “Engendering Portugal: Social Change, StatePoliticsandWomen’s

- Social Mobilization”, in António Costa Pinto (org.), *Contemporary Portugal - Politics, Society and Culture*, 2nd edition. New York: Columbia University Press, 153-192.
- Fineman, Martha A. (2011), “*Transcending the boundaries of Law*”, USA: Routledge.
- Foucault, Michel (1980), “*Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings*” Colin Gordon (org.), New York: Harvester Wheatsheaf.
- Frug, Mary Joe (1992), “*Postmodern Legal Feminism*”, London: Routledge.
- Kay, Fiona; Gorman, Elizabeth (2008), “Women in the Legal Profession”, *The Annual Review of Law and Social Science*, 4, 299-332.
- Kimlycka, Will (2002), “*Contemporary political philosophy*.” Oxford: Oxford University Press.
- Kohen, Beatriz (2008), “*El género en la justicia de familia. Miradas y protagonistas*.” Buenos Aires: AD-HOC.
- Levit, Nancy and Verchick, Robert (2006), “*Feminist Legal Theory: A Primer*,” New York: New York University Press.
- Littleton, Christine A (1987) “In search of a feminist jurisprudence”, *Harvard Women’s Law Journal*, 10, 1-7.
- Mackinnon, Catharine A. (1989), “*Toward a Feminist Theory of the State*.” Massachusetts: Harvard University Press.
- Menkel-Meadow, Carrie; Diamond, Shari Seidman (1991), “The content, method, and epistemology of gender in sociolegal studies”, *Law & Society Review*, vol. 25, 2, 221-238.
- Murray, Mary (1995), *The Law of the Father? Patriarchy in the Transition from Feudalism to Capitalism*, London: Routledge.
- Naffine, Ngaire (1990): “*Law and the sexes*”. Australia: Allen & Unwin.
- Naranch, Laurie (1997), “Naming and framing the issues: demanding full citizenship for women”, in Cynthia R. Daniels (ed.), “*Feminists Negotiate the State. The Politics of Domestic Violence*” - New York: University Press of America, 21-34.
- Olkin, Susan (2008) “Gênero, o público e o privado”, *Revista Estudos Feministas*, vol.16, 2, 305-332.
- Pateman, Carole (1988), “*The Sexual Contract*”, Oxford: Basil Blackwell Ltd.
- Pateman, Carole (1983), “Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy”, in Stanley Benn and Gerald F. Gaus. (eds.). “*Public and Private in Social Life*”. London: Croom

Helm, 304-305.

Rifkin, Jane (1989) "Toward a theory of law and Patriarchy", *Harvard Womens' Law Journal*, 3, 93-95.

Santos, Boaventura de Sousa (2007), "*Para uma revolução democrática da justiça.*" São Paulo: Editora Cortez.

Santos, Boaventura de Sousa (2000), "*Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência.*" Porto: Edições Afrontamento.

Schafran, Lynn H. (1985), "Eve, Mary, Superwoman - How Stereotypes About Women Influence Judges", *Judges Journal*, vol. 24, 1, 12-17.

Schneider, Elizabeth (2000), *Battered Women and Feminist Lawmaking*. New Haven: Yale University Press.

Siegel, Reva B. (1996), "*Modernizing wife beating,*" Versão eletrônica, consultada a 20.09.11, em [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/Siegel\\_Modernizing\\_Wife\\_Beating.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/Siegel_Modernizing_Wife_Beating.pdf).

Smart, Carol (1989), "*Feminism and the Power of Law.*" London: Routledge.

Smart, Carol (1999), "*Law, Crime and Sexuality*". California: Sage.

Sunder, Madhavi (ed.) (2007), "*Gender and Feminist Theory in Law and Society.*" Hampshire: Ashgate Publishing Limited.

Thomas, Tracy; Boisseau, Tracey (eds.) (2011), "*Feminist Legal History: Essays on Women and Law.*" New York: NYU Press.

Weisberg, Kelly D. (ed.) (1993), "*Feminist Legal Theory. Foundations.*" Philadelphia: Temple University Press.

West, Robin (1988), "*Jurisprudence and Gender.*" University of Chicago Law Review, vol. 55, 1, 1-72.

Williams, Patricia J. (1988), "On Being the Object of Property", *Signs*, vol. 14, 1, 5-24.



G&D

Revista Gênero & Direito