

Quem tem medo de Virgínia Wolf? Práticas judiciárias em contexto de género

“Nós, filhas de homens instruídos encontramos-nos entre o diabo e as profundezas do mar. Atrás de nós, estende-se o sistema patriarcal; a casa privada, com a sua nulidade, a sua imoralidade, a sua hipocrisia, a sua subserviência. Diante de nós estende-se o mundo público, o sistema profissional, com a sua possessividade, a sua inveja, a sua pugnacidade, a sua ganância. Um enclausura-nos como escravas num harém; o outro obriga-nos a andar às voltas, como uma lagarta da cabeça para a cauda, às voltas e voltas da amoreira, a árvores sagrada da propriedade. É uma escolha perversa, ambos são maus.”

Virgínia Wolf, *A Room of One's Own/ Three Guineas*, Oxford, Oxford University Press, 1992, (trad.). Bernardo de Vasconcelos.

Nos últimos anos, o direito da família em Portugal foi palco privilegiado de inúmeras transformações que se verificaram a dois níveis: por um lado, no tecido social e, por outro, na própria estrutura normativa.

As transformações no tecido social relacionaram-se, nas últimas décadas, com a mudança de paradigma político (designadamente, a transição de um modelo autoritário para um modelo de sociedade democrático) e económico. No modelo económico, há a salientar a emergência de uma economia de mercado que, desde 1986 (data da adesão de Portugal à União Europeia), se foi progressivamente consolidando num espaço mais alargado e a entrada em força da mulher portuguesa no mundo laboral.

Estas mudanças provocaram alterações na estrutura familiar e se, até ao 25 de 1974, essa estrutura familiar assentava “em exclusivo” no predomínio social e jurídico da figura masculina, volvidos cerca de trinta e sete anos, esse modelo parece estar em crise. Enquanto vigorou o “Código de Seabra”, o Direito legitimou normativamente a distinção de papéis entre homem e mulher: à mulher cabia naturalmente o espaço doméstico e a responsabilidade pela educação dos filhos.

A Constituição de 1976 introduziu o princípio da igualdade de género (arts. 13º e 36º, nº 2) e consagrou uma “ruptura epistemológica” com todo o acervo normativo

anterior ao outorgar à mulher toda uma série de direitos políticos, civis e laborais de que estava privada anteriormente.

No entanto, o excerto de Virgínia Wolf ilustra, de forma brilhante, esta ambivalência que marca a condição feminina no Direito. Ambivalência que reflecte a clivagem entre a igualdade formal (já conquistada) e a igualdade material que está por adquirir.

Pretende-se assim, neste texto, reflectir genericamente sobre o processo de tomada de decisão judicial e as práticas judiciais que lhes subjazem nas matérias de direito de família, particularmente, as que se prendem com as denominadas “questões de género”. Em Portugal, a reflexão académica e científica em torno das questões de género é recente, isto porque, o próprio movimento “feminista” português foi tardio e incipiente. Destarte, também a avaliação do impacto das “questões de género” no contexto do sistema de justiça está ainda por fazer desconhecendo-se, até ao momento, estudos científicos ou académicos que abordem especificamente este problema.

Não podemos olvidar que o sistema de justiça, no seu todo, está inserido num contexto histórico – antropológico, social e político, pelo que não escapa às influências desse contexto e às heranças civilizacionais que o mesmo transporta. Nesta medida, os actores que nele operam (juizes, advogados, funcionários, polícias) também se movimentam nesse contexto, e a sua formação cívica e profissional constitui o resultado desse processo de socialização.

A minha experiência profissional (na qualidade de juiz de direito em exercício de funções há cerca de doze anos) aponta para a existência de “uma continuidade discursiva” entre aquilo que são os padrões de referência predominantes na sociedade e o *modus operandi* desse mesmo sistema de justiça. Não existe, em meu entender, uma “ruptura epistemológica” entre os saberes/fazer “sociais” e os “saberes/ fazeres” judiciais. Apesar do esforço efectuado nos últimos anos e das evoluções entretanto registadas, não se cimentou (ainda) em Portugal, nas profissões forenses e nas que com estas directamente trabalham (assistentes sociais, psicólogos, polícias etc.) uma cultura de efectiva promoção da “igualdade de género”. Tal deve-se, em parte, à ausência de uma cultura de “trabalho em rede” que permita uma abordagem sistémica ou holística dessas temáticas e que acaba por comprometer as iniciativas parcelares que, entretanto, possam ter sido geradas.

No caso particular do sistema de justiça, a “tradicional” repartição de competências dos Tribunais (alicerçada na divisão do direito por ramos) e a estrutura da

organização judiciária também não fomentam essa cultura de rede. Gostaria ainda de salientar que o processo de tomada de decisão judicial (especialmente em áreas como o direito da família) não é axiologicamente neutro. Embora enquadrado pelas normas legais e positivado pelo texto normativo, toda a actividade de interpretação e aplicação da lei é, também ela, uma actividade de “criação” do direito.

“O principal legado da hermenêutica foi o de evidenciar que o sentido não é algo de objectivo que se encontre nos sinais, mas antes o resultado de um processo de interpretação (ou leitura) desses sinais, à luz da experiência pessoal e cultural do intérprete (...).”¹

Em meu entender, subsistem na área do direito da família, “segmentos” ou “interstícios” de não normatividade que afectam a actividade interpretativa do juiz bem como “ruídos de fundo” que afectam esse processo, ruídos de fundo esses que podem ser gerados pela actividade comunicativa dos *media*, em torno das decisões judiciais, bem como pela conduta dos actores processuais ao longo do “tempo de vida” do processo judicial.

Esses segmentos ou interstícios resultam de inúmeros factores, designadamente, da imprevisibilidade dos próprios fenómenos (naturais/sociais) que o direito visa regular, da persistência de lacunas nos textos legais, do esgotamento da lei como forma principal de regulação e, enfim, da própria mudança de um sistema legal de génese estadualista para um pluralismo auto reflexivo que está em construção mas não se mostra (ainda) inteiramente consolidado nas sociedades actuais.

Daqui decorre que, em meu entender, a pretensa “plenitude” do ordenamento jurídico não passa de uma falácia ou de um mito que os positivistas ajudaram a erguer mas que, a dinâmica do tecido social e económico (impulsionada pela globalização) e o “choque de civilizações” de que nos falava Huntington, cedo deitou por terra.

O ordenamento jurídico não pode contemplar toda a diversidade de situações que se deparam ao julgador nos tribunais. Por outro lado, sendo o juiz um actor social, ele constrói-se como cidadão, como pessoa e como profissional, à luz de um dado quadro de valores de referência. O juiz não pode negar o contexto histórico, cultural, económico em que cresceu. A forma como toma as suas decisões e os elementos que pondera como relevantes são, também eles, o produto e o resultado de um processo de construção pessoal, social e profissional. Há ainda que ter em conta as diferenças

¹ Hespanha, António Manuel “Ideias sobre interpretação”, texto disponibilizado aos alunos da FDUNL no sítio da faculdade de direito ou na página Web do professor : www.hespanha.pt.

(significativas) entre os juízes de 1ª instância e os juízes dos tribunais superiores. No caso português, essas diferenças relacionam-se com o género e com a idade. Relativamente ao género verifica-se, na primeira instância, uma feminização da “justiça” ao passo que, nos tribunais superiores, predominam os juízes do género masculino. Relativamente à idade, assinala-se que os juízes dos tribunais de primeira instância têm entre os vinte e sete e os quarenta e cinco anos de idade (em média) ao passo que o acesso aos tribunais superiores se faz a partir dos quarenta e oito/cinquenta anos (no Supremo Tribunal de Justiça a medida de idades será mais elevada e próxima dos 60/62 anos).

Na minha óptica, estes dois factores (género/idade) do juiz devem ser ponderados em qualquer processo de análise das decisões judiciais (obviamente sem prejuízo dos critérios legais objectivos que a estas sempre deverão presidir) uma vez que a estes dois factores se mostram associadas características e mundivivência distintas.

O direito de família é especialmente sensível à mundivivência do magistrado uma vez que se encontra alicerçado em princípios e conceitos indeterminados. Nesse processo de densificação dos conceitos indeterminados e de conjugação de princípios normativos, emerge a “história “pessoal de cada magistrado. Drobak & North (2008) apontam que cada juiz possui a sua filosofia judicial que deriva da conjugação do sistema formal / normativo judicial com o seu sistema pessoal de crenças e percepções únicas sobre a realidade de cada processo que tem em mãos, sendo por isso inevitável depararmos com discursos e práticas judiciárias multivariados.²

Salinas (2003) aponta também o facto dos juízes não terem consciência da influência dos estereótipos de género no seu processo deliberativo.³

Neste sentido, tenderia a concluir que, em regra, as decisões judiciais tendem a espelhar (ou a ir ao encontro) das representações e, diria mesmo, dos estereótipos sociais predominantes.

Contudo, a sensibilização e a formação dos magistrados e demais operadores nas temáticas relacionadas com as questões de género pode permitir, a longo prazo, posturas

² Understandig Judicial Decision- Making: The Importance of Constraints on non rational deliberations. Journal of Law & Policy, 26, pág. 131-152.

³ Las juezas en los Tribunales, Cortes Y Salas Constitucionales, X Encuentro de Presidentes Y Magistrados de los Presidentes Y Magistrados de los Tribunales, Cortes Y Salas Constitucionales de América Latina, Santiago de Chile, Tribunal Constitucional de Bolívia.

e procedimentos diferentes, minimizando a influência desses estereótipos nas decisões judiciais.

A norma jurídica tem por objectivo estabilizar, de forma consensual e sustentada, as relações sociais num certo domínio, reduzindo a complexidade do sistema social⁴. O intérprete/ aplicador do direito deve procurar o sentido que sustenta esses consensos e efectuar uma interpretação ancorada em critérios metodológicos estabelecidos na lei e reconhecidos pela “doutrina” porém, em determinados casos, a “equidade” os interesses das pessoas em causa ou a “justiça do caso concreto” podem determinar decisões “de ruptura” com tais consensos sociais.

Nessa medida, incumbe perguntar se o intérprete deve ter a coragem de tomar/assumir decisões que “rompam” esses consensos? Ou se, ao fazê-lo, não estará já a comprometer a separação de poderes e a “produzir direito” em detrimento da sua aplicação, numa aproximação aquilo que alguns autores vêm apelidando de “activismo judiciário”?

⁴ In Hespanha, António Manuel, pág. 8.