

Género e Justiça: que Igualdade para o Séc. XXI?

Teresa M. Bravo

Juiz de Direito, Tribunal de Família e Menores da área da Grande Lisboa.

1. O Direito como fonte legitimadora da (des) igualdade material, no período anterior ao 25 de Abril;
2. As decisões judiciais enquanto replicadores dos papéis sociais de homens e mulheres, ou agentes dessa transformação?
3. O papel do Direito na evolução e concretização da igualdade entre os sexos.

Introdução

No âmbito do presente artigo, procuraremos efectuar uma breve incursão no ordenamento jurídico português, de molde a apurar qual estatuto que o direito e as instituições judiciais detêm na modificação dos papéis desempenhados na sociedade, por homens e mulheres.

Fará sentido, nos dias de hoje, equacionar e discutir as chamadas “questões de género” ou essa será, na actualidade, uma falsa questão? O género, feminino ou masculino, é um factor de diferenciação na estrutura das nossas sociedades ou essa diferenciação foi ultrapassada pela consagração constitucional e legal de um princípio de igualdade e da não discriminação entre os sexos. A uma igualdade formal corresponde, actualmente, uma igualdade material?

O Direito altera a estrutura social, ou é um mero instrumento de replicação de padrões de comportamento e de um quadro de valores pré-existente? A resposta a esta pergunta e a reflexão em torno deste tema, afigura-se-nos determinante para aquilatar da eficácia da produção e aplicação normativas nesta temática. Na verdade, as normas positivadas são sem dúvida, instrumentos privilegiados na concretização prática dos direitos fundamentais que dão corpo aos princípios constitucionais relativos à igualdade de géneros na sociedade contemporânea, e na sociedade portuguesa em particular.

Conscientes da evolução legislativa que ocorreu ao longo do séc. XX no que diz respeito à conquista de direitos individuais e sociais para as mulheres, incumbe perguntar se, na prática diária dos nossos Tribunais e das instituições judiciárias, esses direitos encontram uma efectiva concretização.

Na área do Direito da Família, em particular, o corpo normativo vai ao encontro do tecido social a que se destina? As decisões dos Tribunais permitem-nos concluir que a igualdade formal corresponde a uma igualdade material entre géneros?

São estas, em síntese, as questões que pretendemos abordar, certos porém, da dificuldade e complexidade do tema e da sua abrangência. Propomo-nos, portanto efectuar, nesta sede, uma pequena aproximação à questão, aproveitando a nossa experiência de trabalho como Juiz de Direito num Tribunal de Família e Menores.

1. O DIREITO COMO FONTE LEGITIMADORA DA (DES) IGUALDADE MATERIAL NO PERÍODO ANTERIOR AO 25 DE ABRIL:

A Europa, o século XX foi profícua no desenvolvimento de instrumentos jurídicos e institucionais que consagraram, na lei positivada, um conjunto de direitos da personalidade, inerentes à pessoa humana, bem como direitos económicos, sociais e políticos para as mulheres e para as crianças.

No entanto, foi na Nova Zelândia que, em 1893, foi concedido às mulheres a plenitude de direitos cívicos e políticos, seguindo-se-lhe a Austrália em 1908. Posteriormente, já em 1918 a Inglaterra outorgou às mulheres o direito de voto primeiro, de forma restrita e depois, já em 1928, a plenitude do exercício da capacidade eleitoral activa.

Não obstante podermos considerar tardias estas conquistas, podemos afirmar que tanto a mulher como a criança foram os protagonistas do judiciário ao longo do século passado e os destinatários privilegiados da atenção do legislador, quer ao nível do direito interno quer no âmbito do direito internacional.

Constituem exemplos práticos desta atenção do legislador, a consagração legal do direito ao voto para as primeiras e quanto às segundas, a aprovação da Declaração Universal dos Direitos da Criança em 1948 e, mais tarde já em 1989, a aprovação pela Assembleia-geral das Nações Unidas, da Convenção sobre os Direitos da Criança.

No que concerne ao Direito Português, e mais concretamente, à área do direito da família, a evolução legislativa foi tardia (relativamente aquilo que já eram as conquistas jurídicas da Europa).

Neste contexto, o Direito da Família surge como o ramo do direito civil que visa regular as relações de família (relação matrimonial, de parentesco, de afinidade e adopção) as relações parafamiliares e ainda as que, não sendo em si mesmas familiares ou parafamiliares, se constituem ou desenvolvem na sua dependência¹.

Durante toda a vigência do Código de Seabra, a mulher encontrava-se sujeita a um estatuto jurídico de subordinação ao marido (que exercia o poder marital) e que se espelhava, nomeadamente, em normas como a do art. 1674º do C Civil: “O marido é o chefe da família, competindo-lhe nessa qualidade representá-la e decidir em todos os aspectos da vida conjugal comum, sem prejuízo do disposto nos artigos subsequentes.”

O Código Civil legitimava um estatuto legal que tinha uma correspondência plena e directa no tecido social. Numa sociedade conservadora, profundamente católica, marcada por uma forte ruralidade, de fraca intervenção cívica e cuja população apresentava deficientes níveis de educação, o estatuto legal da mulher correspondia *qua tale* ao seu papel tradicional de mãe de família, esposa e «fada do lar».

A este propósito, escrevia Paul Deschamps: “Os colégios femininos – são de tipo arcaico, não há instrução séria, para além das matérias religiosas: um pouco de literatura, de francês, das artes de bem-receber, trabalhos manuais femininos (...)”².

A educação das mulheres, escassa e vocacionada para os labores, trabalho doméstico

e “artes de bem receber” reproduzia intergeracionalmente a vocação caseira dos elementos femininos do agregado que, nas famílias, eram sistematicamente preteridas, na frequência escolar, em favor dos irmãos do sexo masculino.

Inexistia, portanto, quer da parte do Estado, quer da própria sociedade e das famílias, um claro desinvestimento na educação das mulheres que, desta forma, se encontravam impedidas de desenvolver aptidões intelectuais e culturais, que lhes permitissem a médio ou longo prazo, eventualmente, iniciar quaisquer processos reivindicativos por um estatuto igualitário.

Por outro lado, o trabalho feminino, prestado fora do contexto doméstico, era característica predominante das classes baixas (agricultores e operários) tratando-se, sobretudo, de actividades pouco qualificadas, subvalorizadas pelos empregadores em termos remuneratórios e prestado, *prima facie* nas actividades fabris e na agricultura.

Mesmo exercendo uma actividade profissional remunerada, a mulher casada não dispunha de poderes de administração dos bens do casal, conforme resultava do art. 1678º do C.C.

Outra das curiosidades presentes no ordenamento jurídico nacional espelhava-se nas figuras jurídicas da “entrega e depósito judicial” da mulher casada (e dos filhos) introduzido pelo Código de Processo Civil de 1939.

A este propósito, Maria Tereza Beleza³, cita as palavras de José Alberto dos Reis (Ilustre Processualista da época) a propósito daquele instituto jurídico:

“Restabeleceu-se, pois, a sanção para o dever jurídico, que incumbe à mulher, de viver com o marido e de o acompanhar. A lei pôs novamente à disposição do marido um processo especial destinado a tornar efectivo esse dever jurídico e o direito correspondente. É o processo do art. 1470º”.

Este status quo que descrevemos de forma perfunctória, apenas sofreu alterações já na 2ª metade do século XX, mais concretamente, após a revolução de 25 de Abril de 1974.

Na verdade, só após as alterações introduzidas na Constituição (art. 13º que proibiu, entre outras, as discriminações em razão do sexo) posteriormente transpostas para o Código Civil (com a reforma efectuada em 1977) é que a mulher adquiriu, no ordenamento jurídico nacional, um verdadeiro estatuto legal de igualdade, numa posição de equivalência ao estatuto masculino ou do cônjuge marido.⁴

Na verdade, ao longo de todo o Capítulo IX - Efeitos do Casamento quanto à Pessoa e Bens dos Cônjuges - do actual Código Civil, é patente a preocupação do legislador em consagrar um estatuto de igualdade entre homem e mulher, designadamente, definindo no art.1671º que:

“1- O casamento baseia-se na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

2- A direcção da família pertence a ambos os cônjuges, que devem acordar sobre a orientação da vida em comum tendo em conta o bem da família e os interesses um do outro.”

Por outro lado, o art. 1677º-D do C.C dispõe o seguinte:

“Cada um dos cônjuges pode exercer qualquer profissão ou actividade sem o consentimento do outro”.

Ora, carácter inovador desta norma radica no facto de, até aquela data, a legislação civil proibia à mulher casada o exercício do comércio sem a autorização do marido.

É também neste contexto revolucionário de abertura das mulheres ao mundo do mercado de trabalho que surgem, finalmente, três diplomas que abrem o acesso a todos os cargos da carreira administrativa local (Decreto-Lei n.º 251/74, de 12 de Junho), à carreira diplomática (Decreto-Lei n.º 308/74, de 6 de Julho) e à magistratura (Decreto-Lei n.º 492/74, de 27 de Setembro), áreas que outrora apenas eram do domínio exclusivamente masculino.

A este propósito cumpre, nesta sede, salientar que uma das características mais interessantes da produção normativa nacional a partir de 1974 foi o seu carácter inovador e revolucionário na consagração de direitos constitucionais, políticos, civis e laborais igualitários para homens e mulheres. Neste aspecto concreto, o Direito rompeu tabus, efectuando uma verdadeira ruptura epistemológica no campo normativo, mais radical do que qualquer outra.

Desta forma, podemos considerar que o Direito e o legislador português foram agentes de profundas mudanças sociais, as quais ainda hoje procuram cimentar-se na sociedade portuguesa, como veremos em seguida.

2. AS DECISÕES JUDICIAIS: REPLICADORES DOS PAPEIS SOCIAIS DE HOMENS E MULHERES OU AGENTES DESSA TRANSFORMAÇÃO?

Apesar das evidentes conquistas legislativas dos últimos trinta e dois anos de vigência de um regime democrático (de base parlamentar) que o sufrágio universal directo legitimou, subsiste em nosso entendimento, na sociedade portuguesa, uma deficiente igualdade material entre homens e mulheres.

Esta desigualdade traduz-se, nomeadamente, num *deficit* de participação política activa das nossas cidadãs, na fraca representação feminina nos órgãos de poder local, central e também, numa substancial diferença de estatuto de ordem sócio-económica entre homens e mulheres.

Actualmente, nos tribunais de primeira instância assiste-se, contudo, a um fenómeno interessante que os sociólogos já apelidam de “feminização da justiça”.⁵ Na verdade, na maior parte dos tribunais judiciais de comarca e de círculo, nos últimos dez anos a maioria dos lugares encontram-se preenchidos por mulheres juizes, o que não deixa de ser relevante na medida em que a abertura desta carreira aos cidadãos do sexo feminino é uma realidade com apenas trinta e dois anos de existência.

Em 1996, um estudo coordenado pelo Prof. Boaventura Sousa Santos contribuiu, de forma significativa, para o conhecimento e caracterização do sistema judicial português em diversas vertentes (analisaram-se as pendências processuais, o objecto dos litígios, os perfis e representações sociais do sistema de justiça e o papel dos julgadores).

No entanto, ainda se encontra por estudar (e o referido estudo não o contemplou) numa perspectiva sistémica e pluridisciplinar, de que forma as decisões dos Tribunais reproduzem ou não modelos de comportamento e traduzem valores socialmente dominantes. Caberá

ainda perguntar (e isso, por si só, mereceria um estudo aprofundado que excede o âmbito deste artigo) se as decisões dos nossos Tribunais rompem ou não com preconceitos e valores enraizados socialmente e se, de alguma forma, se poderão considerar vanguardistas ou conservadoras tais decisões, nomeadamente, nas questões relativas à igualdade de género.

Naturalmente que, neste artigo, não se pretende dar qualquer resposta definitiva a estas e outras questões semelhantes. Pretende-se apenas, de forma empírica (alicerçada apenas na «praxis diária») demonstrar que, no contexto em que nos movemos, o “Direito em acção”, a chamada Jurisprudência, não é ainda um motor de “fracturas sociais relevantes”.

Na verdade, o juiz é um actor social, move-se no espaço e no tempo, motivado por crenças, valores e tradições que o acompanham ao longo do exercício da sua carreira.

Actualmente o juiz, no seu papel de aplicador do direito, encontra-se numa encruzilhada, dividido entre um ordenamento jurídico de génese igualitária mas herdeiro de uma cultura judiciária conservadora (sustentada em séculos de produção jurisprudencial e normativa alicerçada no paradigma patriarcal) e uma sociedade em mudança, exigente do ponto de vista da consagração dos direitos mas também herdeira de uma tradição de claro domínio do género masculino, na família, no mundo do trabalho e da economia e das instituições sócio-políticas.

Apesar das decisões judiciais proferidas pelos Tribunais da primeira instância começarem a ser, actualmente, o produto do aludido fenómeno de “feminização da justiça” não se logrou ainda estabelecer ou definir qualquer relação entre aquele fenómeno e uma efectiva mudança nas mentalidades dos julgadores e dos destinatários dessas decisões, ao ponto de se poder afirmar que a entrada das mulheres nas profissões forenses traduziu-se na implementação de um paradigma igualitário.

Por outro lado, o paradigma positivista, de acordo com o qual, o Juiz é a “boca da lei” encontra-se claramente em crise e hoje, as exigências técnicas e sociais efectuadas pelos cidadãos e por todos os que recorrem ao sistema de justiça, impõem uma nova abordagem dos problemas. A aplicação da lei resulta, por um lado, de uma operação teórica de subsunção do facto à norma, mas é também temperada, na dimensão prática, por valorações subjectivas do julgador acerca do comportamento de outrém.

Actualmente, constata-se ainda a existência de um claro desfasamento entre o sistema legal e o sistema de valores e crenças dominantes na vida em sociedade e na dinâmica das relações familiares e interpessoais. Daí, o facto de se apontar ao Direito e aos Tribunais uma ineficácia normativa, visível em matérias tão sensíveis como sejam por exemplo, as regulações do poder paternal, as questões alusivas ao divórcio e, noutro domínio, em assuntos como os da violência de género, vulgarmente denominada por “violência doméstica”.

Na área do Direito da Família, o confronto entre as normas legais e o quadro de valores sociais é latente.

Os tribunais de família e menores têm, hoje em dia, competências legais em matérias tão distintas como sejam (a título meramente exemplificativo), as já referidas acções de regulação do exercício do poder paternal, os divórcios litigiosos, os processos de promoção e protecção e os processos tutelares educativos.

No processo de regulação do exercício do poder paternal, o juiz decide acerca da guarda e exercício do poder paternal das crianças, o regime de visitas e a fixação da prestação da pensão alimentar a cargo do progenitor não guardião nos casos de ruptura da vida conjugal ou da união de facto entre os progenitores.

Ora, neste quadro, e uma vez que se trata de um processo de jurisdição voluntária (em que os poderes de indagação oficiosa da verdade material são muito extensos) ao juiz cabe, na prática, concretizar o “superior interesse do menor” e, desta forma, decidir a quem a criança vai ficar confiada, e qual a posição do outro progenitor relativamente à gestão da vida do filho. Esta decisão, baseada na prova documental, pericial ou testemunhal carreada para os autos não é uma opção neutra.

O juiz tem que ser objectivo e imparcial, mas a sua decisão está manifestamente comprometida pelo quadro de referências que o julgador transporta consigo.

O juiz é chamado a “avaliar”, nomeadamente, o desempenho das funções parentais de cada um dos progenitores, o vínculo afectivo mantido com a criança, a dinâmica da vida pessoal e familiar e ainda a condição sócio-económica de cada progenitor. São tidos em conta aspectos específicos como sejam, por exemplo, a pessoa que mais tempo passa com a criança, quem assegura a sua higiene, alimentação diárias, quem gere os aspectos relativos à vida escolar do menor, entre outros.

Nesta valoração, entram em linha de conta, o contexto sócio-económico e cultural do próprio juiz, a influência da educação que recebeu, e a “pressão” do tecido social que o envolve.

Ora, o art. 1905º, nº2 do Código Civil estabelece o regime da guarda única, segundo o qual a guarda da criança pode ser confiada a qualquer dos pais, podendo assumir a forma de guarda maternal ou de guarda paternal. Quando existir acordo entre os pais e as circunstâncias de facto traduzidas no processo o demonstrarem, o tribunal pode optar por um regime de guarda conjunta. Isto significa que, a gestão corrente da vida do menor e todos os aspectos tocantes à sua educação, saúde, alimentação, formação moral, religiosa são decididas e ponderadas por ambos os pais em conjugação de esforços.

Excepcionalmente, verificadas as circunstâncias do art. 1918º do mencionado diploma, a criança pode ser confiada à guarda de terceira pessoa ou de estabelecimento de educação e assistência.

A concretização do conceito de “interesse do menor” enquanto critério decisório nesta jurisdição está também em mudança.

Na verdade, tendo a nossa Constituição consagrado um princípio de igualdade entre homens e mulheres que se estende ao âmbito das relações familiares, são cada vez mais comuns nos nossos Tribunais as pretensões dos pais (progenitor do sexo masculino) em participar de forma activa na gestão da vida da criança no pós-divórcio ou separação. Os Tribunais e a Jurisprudência também não ficaram imunes a esta transformação social e a esta postura reivindicativa dos homens-pais em assumirem um papel mais activo na vida dos seus filhos e em todos os aspectos relativos à sua educação e crescimento.

Assim sendo, o critério de “preferência materna” tão profundamente enraizado na

nossa tradição sócio-jurídica e na prática dos nossos Tribunais de Família, entrou em crise. Actualmente, foi substituído pelo critério do “Primary Care Taker”, ou numa tradução livre, pela “Figura Primária de Referência”.

A este propósito, escreve a Prof. Dr^a Maria Clara Sottomayor, o seguinte:

“Esta regra permite, por um lado, promover a continuidade da educação e das relações afectivas da criança e, por outro, atribuir a guarda dos filhos ao progenitor com mais capacidade para cuidar destes e a quem estes estão mais ligados emocionalmente.”⁶

Este critério (que não é norma escrita mas sim uma criação da jurisprudência norte americana) traduz-se na avaliação prática de qual dos dois progenitores se encarrega habitualmente de aspectos como a preparação e planeamento das refeições da criança, o banho, a higiene em geral e vestuário, o acompanhamento escolar, os tratamentos médicos e assistência hospitalar entre outros.⁷

Ora, numa sociedade como a portuguesa, em que as crianças tradicionalmente continuam a ser encaradas, sobretudo, como uma responsabilidade da mãe, não será de estranhar que, na maior parte dos casos, a “figura primária de referência seja a mãe.” Nestes casos, os mais frequentes, a decisão judicial relativa ao exercício do poder paternal tenderá a atribuir a guarda e o exercício do poder paternal à figura materna.

A este propósito, cumpre ainda chamar à colação o teor do art.1911º do CC que dispõe o seguinte:

1. Quando a filiação se encontre estabelecida relativamente a ambos os pais e estes não tenham contraído matrimónio após o nascimento do menor, o exercício do poder paternal pertence ao progenitor que tiver a guarda do filho.

2. Para os efeitos do número anterior, presume-se que a mãe tem a guarda do filho; esta presunção só é ilidível judicialmente.

3. Se os progenitores conviverem maritalmente, o exercício do poder paternal pertence a ambos quando declarem perante o funcionário do registo civil, ser essa a sua vontade; é aplicável neste caso, com as necessárias adaptações, o disposto nos arts.1901º a 1904º.”

Esta expressa consagração legal de que a guarda da criança, nascida fora do contexto do casamento, se presume deferida à mãe, vai também ao encontro da realidade social dominante. Apesar da comunidade académica discutir se esta presunção traduz ou não um desvio ao princípio da igualdade dos pais no exercício das suas responsabilidades parentais, a verdade é que se mantém em vigor, porquanto encontra eco na situação vivida hoje em muitas famílias portuguesas.

Consequentemente, poderá mesmo dizer-se tomando como ponto de partida este exemplo que o direito e as decisões judiciais replicam, desta forma, modelos de comportamento socialmente aceites e indubitavelmente dominantes.

No entanto, denota-se nos últimos anos, como já dissemos, uma tendência crescente de reivindicação masculina no sentido da assunção de um papel mais activo na vida e educação dos filhos, mas o fenómeno é recente e ainda não reveste uma expressão muito significativa.

Por outro lado, outra constatação que a prática judiciária demonstra é a prevalência de

um estatuto sócio-económico de dependência funcional da figura feminina em relação à figura masculina.

Na maior parte dos casos que surgem nos Tribunais de Família e Menores é o cônjuge mulher ou o elemento feminino do agregado quem, apesar de integrada no mercado de trabalho, apresenta níveis de rendimentos mais baixos e quem assume o encargo da educação e gestão da vida familiar, quase sempre na dependência da figura masculina. Isto significa que são as mães quem, numa situação de ruptura conjugal, ficam mais sobrecarregadas com o sustento das crianças e, como tal, mais dependentes das prestações alimentares que são fixadas pelos Tribunais a cargo dos progenitores masculinos. Esta realidade encerra a mulher num estatuto de enorme fragilidade económica e social, sobretudo em face dos elevados índices de incumprimento do pagamento das pensões alimentares, perpetuando desta forma um ciclo intergeracional de subalternização do seu papel na família e na sociedade.

Contudo, o Direito e a Jurisprudência podem e devem ser encarados, na minha perspectiva, também como factores de mudança. As decisões judiciais nesta matéria (desde que balizadas em factos e com suporte na lei e nos princípios gerais do ordenamento jurídico) podem também ser uma fonte de transformação das consciências individuais e colectivas. Na verdade, se o julgador, no âmbito de determinado processo concluir que *in casu*, o pai sempre se constituiu como uma figura primária de referência para o seu filho, se é a pessoa que está mais presente em todos os aspectos da gestão da sua vida diária, se é a pessoa a quem a criança está mais vinculada de um ponto de vista afectivo e emocional, então a decisão judicial deve respeitar e fomentar essa ligação, outorgando a “guarda” ao progenitor masculino.

Ao Juiz, é exigido que tenha a “coragem” de assumir os eventuais “custos sociais” dessas decisões, mesmo que em aparente contradição com o padrão de referência social.

Outro exemplo muito interessante e que careceria de aprofundamento ulterior consiste na análise dos fundamentos legais para a procedência do divórcio.

A lei civil portuguesa, nos arts. 1671º e segs (como vimos supra de forma sumária) elenca os principais deveres que vinculam os cônjuges na vigência da sociedade conjugal, erguendo como critério rector dessa relação, a igualdade de direitos e deveres, traduzida na direcção da família e nos interesses de um e de outro membros do casal.

Desta forma, a lei equipara os papéis a desempenhar pelo homem e pela mulher no seio da família.

Porém, na análise das petições iniciais que dão entrada em juízo (nos casos em que o Autor é o elemento masculino do casal) não é raro encontrarmos alegados factos como aqueles dos exemplos que se seguem: “ a Ré-mulher não cozinhava nem lavava a roupa do Autor-marido” ou “ a Ré recusava-se a manter com o Autor relações sexuais”. Esta argumentação procura traduzir a alegada violação de deveres conjugais como o da assistência à família. Porém, não deixa de veicular a convicção dominante de que o governo da casa, nas suas múltiplas dimensões é, na sua essência, um apanágio do sexo feminino.

Ora, se os factos alegados forem dados como provados, o divórcio é decretado com a fixação da culpa atribuída ao elemento do casal cuja conduta determinou a procedência do pedido (nos exemplos supra descritos será, em abstracto, a mulher).

Mais uma vez, encontramos aqui, um exemplo de que a decisão judicial (embora com suporte na lei actual, mais concretamente, no Código Civil) é um instrumento de reprodução de um modelo familiar em que os “papéis representados por homens e mulheres” encontram-se muito bem balizados e alicerçados em valores sociais predominantes.

Estes exemplos que emergem da área do Direito da Família são reveladores da manutenção de um substrato social em que a igualdade formal entre os géneros feminino e masculino (consagrada na Constituição e nos demais corpos normativos) não encontra ainda uma total expressão na vida dos cidadãos.

Desta forma, podemos afirmar que a “ineficácia do sistema jurídico e do sistema judicial” no restabelecimento do equilíbrio dos diferentes papéis representados por homens e mulheres não resulta *tout court* de erros técnicos na sua aplicação (embora os mesmos ocorram e possam ser identificados) ou na insuficiência da norma mas, resultam sobretudo, da realidade sócio-económica subjacente e do sistema de crenças e valores sociais.

Existe, assim, uma tensão constante entre os conteúdos jurídicos e os conteúdos sociais.

A resolução desta tensão passará por soluções técnicas e por correcções ao nível da aplicação prática do Direito? Em boa medida dir-se-à que sim, uma vez que é também patente a falta de uma cultura judiciária e uma motivação dos agentes da justiça para o aprofundamento do estudo e tratamento das questões de género, mas o problema é mais complexo porque radica no próprio tecido social e nas mentalidades dominantes.

Reconhecemos que existem sérias lacunas nos programas ministrados nas faculdades de direito e que a formação ulterior para advogados, magistrados, polícias e demais intervenientes no sistema judicial nesta temática carece de aprofundamento.

Volvidos trinta e dois anos sobre a revolução que instituiu um regime democrático (apesar das etapas percorridas) a sociedade portuguesa ainda não efectuou mudanças profundas ao nível das mentalidades e dos seus modelos de referência familiar e sexual.

Na verdade, estamos em crer que o nosso sistema normativo evoluiu rapidamente, aperfeiçoou-se, munuiu-se de instrumentos avançados mas foi para além da nossa realidade.

2. O PAPEL DO DIREITO NA CONSAGRAÇÃO DA IGUALDADE ENTRE GÉNEROS

O debate em torno das questões relativas à igualdade entre homens e mulheres não são uma originalidade jurídica, nem tão pouco uma criação portuguesa. São antes o produto de um intenso debate intelectual de origem anglo-saxónica e com raízes profundas nos movimentos sufragistas do início do século transacto e que chegaram a Portugal já tardiamente como resultado da Revolução de 25 de Abril de 1974.

Portugal não escapou também durante séculos a uma mentalidade de génese patriarcal que atravessou toda a Europa desde a Idade Média até aos dias de hoje e a uma realidade sócio-económica com esta compaginável.

O estatuto da mulher foi construído a partir da alteridade, num mundo em que o masculino foi (e continua a ser) o modelo e o princípio de todas as coisas.

Parafrazeando Simone de Beauvoir: “As mulheres vivem dispersas entre os homens, ligadas pelo *habitat*, pelo trabalho, pelos interesses económicos, pela condição social, a certos homens pais ou maridos mais intimamente do que às outras mulheres. Burguesas são solidárias dos homens burgueses e não das mulheres proletárias; brancas dos homens brancos e não das mulheres negras.”⁸

No nosso país as Ordenações Filipinas permitiam o castigo moderado, a submissão a cárcere privado e a morte da mulher pelo marido, em caso de adultério. Apenas em 1982 o nosso Código Penal introduziu pela primeira vez em Portugal o “crime de maus tratos conjugais”. A Lei nº 61/91 de 13/08, que aliás nunca veio a ser regulamentada, introduziu normas de protecção às “vítimas de violência” prevendo nomeadamente, a medida de coacção de afastamento da residência por parte do agressor (art. 16º daquele diploma).

Mais tarde, sucessivas alterações legislativas (Leis nºs 48/95 de 15/03 e 65/98 de 02/09) tiveram repercussão no crime de maus tratos, sendo, no entanto, a mais significativa, aquela que a Lei nº 7/00 de 27/05 efectuou, ao atribuir de novo carácter público ao aludido crime, o que significa, em termos práticos, que o procedimento criminal pode iniciar-se com a mera denúncia dos factos e sem necessidade do exercício do direito de queixa por parte da vítima.

No entanto, e mais uma vez, a plena aplicação prática deste normativo esbarra nas dificuldades sentidas pelas vítimas na denúncia do problema que, muitas vezes, suportam em silêncio.

Na verdade, as sucessivas idas a Tribunal, os confrontos com o agressor e respectivo advogado, os exames e perícias médicas a que são submetidas, os interrogatórios efectuados pelos actores do sistema judicial e as delongas processuais constituem uma “vitimação secundária” que desmotiva a denúncia e o espoletar do procedimento criminal.

Por outro lado, as vítimas confrontam-se com o estigma, a censura sociais e o medo das represálias do agressor, sobretudo quando este é alguém próximo, como o marido ou o companheiro. Por isso, não são raros os casos em que, uma vez chegados a julgamento, as vítimas optam pela negação dos factos ou pela recusa em falar.

Este exemplo demonstra à saciedade que, apesar da evolução legislativa outorgar à mulher vítima de violência os meios processuais adequados à punição do agressor, existem ainda práticas judiciais, preconceitos e medos que colocam sucessivos obstáculos à efectivação de um direito à igualdade.

O medo, o preconceito, a vergonha existentes no tecido social, inibem o percurso do normativo e a sua aplicabilidade plena.

Em síntese dir-se-á:

1º- As medidas normativas sancionadoras e repressivas não transformam a realidade porque não actuam ao nível das crenças e valores dos destinatários das normas;

2º- O aperfeiçoamento do sistema judicial e normativo não se faz sem uma complementaridade de base social;

3º- A reflexão interdisciplinar entre os diversos actores do sistema legal sobre as temáticas de género pode produzir a médio-longo prazo maior eficácia na prevenção e na punição dos comportamentos violadores da dignidade da pessoa humana e na igualdade de géneros.

Traduziu-se depois na criação de instrumentos legais ao nível do Código Civil que outorgaram à mulher um estatuto jurídico de dignidade semelhante ao dos cidadãos do sexo masculino, nomeadamente, no seio da família e da vigência da sociedade conjugal.

Procurou-se ainda demonstrar que a realidade social é complexa e encerra tabus e preconceitos que colocam obstáculos à efectivação plena dessa igualdade.

Por fim, salientou-se que subsistem ainda fenómenos como os maus tratos ao cônjuge/companheira que afectam muitas mulheres, qual a resposta do sistema penal a esse fenómeno (nomeadamente, a respectiva incriminação por via do direito penal) e as dificuldades sentidas pelas vítimas no acesso ao sistema de justiça.

Referências e Notas:

1. Definição proposta pelo Prof. Dr. Guilherme de Oliveira Martins, *Curso de Direito da Família - Introdução ao Direito Matrimonial*, Coimbra Editora, 2ª Edição, p. 31.
2. Citado por Ana Vicente, *As Mulheres Portuguesas vistas por Viajantes Estrangeiros*, Lisboa, Gótica, p. 239.
3. In *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*, Lisboa, 1990.
4. Aprovada pelo Dec-Lei n.º 496/77 de 25/11, com vista a adaptar o código civil à Constituição da República Portuguesa em matéria de direitos, liberdades e garantias.
5. Vide, neste sentido, o estudo elaborado por uma equipa de sociólogos coordenada pelo Prof. Boaventura Sousa Santos, *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas o caso português*, Centro de Estudos Sociais, Centro de Estudos Judiciários / Porto, Edições Afrontamento 1996.
6. Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de Divórcio*, Coimbra, Almedina, 2ª Edição, p. 38.
7. Definido por uma decisão do Supremo Tribunal de West Virgínia e referido por Maria Clara Sottomayor na obra supra citada.
8. Simone de Beauvoir, *O Segundo Sexo*, Vol. II, Lisboa, Bertrand Editora, 1987.

Bibliografia

- AAVV., *Ousar Vencer, a Violência sobre as Mulheres na Família: Guia de Boas Práticas*, Lisboa, Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, LiderGraf, 2005
- Beauvoir, Simone De, *O Segundo Sexo*, Lisboa, Bertrand Editora, 1975
- Beleza, Maria Teresa Couceiro Pizarro, *Mulheres, Direito e Crime ou a Perplexidade de Cassandra*, Lisboa, Faculdade de Direito, 1990.
- Sottomayor, Maria Clara, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de Divórcio*, Lisboa, Almedina, 1998.
- Vicente, Ana, *As Mulheres Portuguesas Vistas por Viajantes Estrangeiros (sécs. XVIII, XIX e XX)*, Lisboa, 2001.

Legislação:

- Constituição da República Portuguesa* (1993), Coimbra Editora.
- Código Civil Português* (1997), Coimbra, Almedina.