



A mulher e sua (des)proteção nos tribunais - notas sobre algumas decisões judiciais insustentáveis

Raquel Burgoa Dias

RESUMO

Neste artigo pretende-se refletir sobre 5 acórdãos recentes que foram abordados na Disciplina de Introdução ao Direito e Pensamento Jurídico com a Professora Soraya Nour Sckell .

Decisões e fundamentações que merecem censura pelos seus contornos preocupantes e a sua “insustentável leveza do ser Direito” ao perpetuar a exclusão e menorização da mulher. Pretende-se através desta recopilação de decisões judiciais identificar as dificuldades surgidas na resolução de casos reais que incidem sobre mulheres. Casos que interpelam o Direito- a sua aplicação pelos tribunais- a buscarem para eles uma solução e fundamentação justa. Desde logo, porque aqui, paradoxalmente, a jurisprudência longe de (re)criar a ordem e pacificação social provoca uma intensificação das desigualdades.

Estes casos, e os seus diversos contextos, são exemplos de até que ponto uma decisão judicial arquitectada no âmbito de uma dada visão histórica-social e perfil do julgador não consegue responder adequadamente aos desafios do mundo de hoje.

Nos casos judiciais que servirão de base a esta reflexão e notas torna-se, bem claro, um excesso de “liberalismo (arbítrio) judiciário” na proteção da mulher.

Mostram-se cinco exemplos. O primeiro caso se debruça sobre o abandono escolar das meninas ciganas. O segundo (caso Lubanga) sobre a proteção concedida às crianças soldados (masculinas) e desproteção frente à violência sexual contra as meninas soldados. No terceiro caso, mostra-se uma interpretação discriminatória da lei, de desigualdade, agravada por preconceitos e estereótipos que inferiorizam a mulher de idade no reconhecimento de uma indemnização devida por danos não patrimoniais (por incapacidade para relacionamento sexual). O quarto caso reporta-se a um caso de violação que culpabiliza a vítima e desculpabiliza os autores. Por último, na mesma linha desculpabilizante dos autores, outro inquietante acórdão relativo a um caso de violência doméstica revelador de como os tribunais não sabem valorar estes casos porque estão amarrados à sua cultura e a uma valoração muito mitigada da responsabilidade.

Como estas análises mostraram persiste, ainda, na jurisprudência, um padrão interpretativo de referência construído pelo homem e por uma visão de desigualdade. Trata-se de uma postura muito tradicionalista que perpetua uma estrutura patriarcal, hierarquizada, com base na desigualdade e inferioridade das mulheres.

Esta visão judicial banaliza e desrespeita o princípio da igualdade (material) e deixa de fora uma compreensão universalista das normas que não possibilita uma igualdade efetiva.

A sociedade não pode permanecer/nem permanece insensível às injustiças sociais que se perpetuam através da aplicação do Direito (praxis judicial) como recentemente, se viu, a propósito do (justo) protesto pelas polémicas sentenças do juiz Neto de Moura¹.

¹ <https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/o-insustentavel-peso-das-opinioes-de-um-juiz-420099>, O insustentável peso das opiniões de um juiz, Jornal Económico, 09 março 2019;

Tratando-se embora de casos judiciais distintos, aflora um ponto comum: os decisores não rompem/não abandonam a sua visão pessoal/pré-compreensão do Direito culturalmente (de)formada. E, infelizmente, trata-se de uma jurisprudência (desadequada) que acarreta desvalorização da mulher e da sua proteção que não cumpre o objetivo de justiça nem a pacificação social. O que justifica a crítica jurídica e a atenção conferida pela sociedade, pois a Justiça “justa” julga no seu tempo.

PALAVRAS-CHAVE

jurisprudência, género, mulher, violência doméstica

ABSTRACT

This article intends to reflect on 5 recent judgments that were discussed in the discipline of introduction to law and legal thinking with the Teacher Soraya Nour Sckell.

Decisions and fundamentalizations that deserve censorship for their worrying contours and its insustentável leveza do ser Direito by perpetuating the exclusion and minorization of the woman. It is intended through this recopilation of judicial decisions to identify the difficulties arising in the resolution of real cases that concern women. Cases that challenge the law-its application by the courts-to seek for them a fair solution and justification. That way, because here, paradoxically, jurisprudence far from (re)creating order and social pacification causes an intensification of inequalities.

These cases, and their various contexts, are examples of the extent to which a judicial decision is architected in the context of a given historical-social view and profile of the judge cannot adequately respond to the challenges of today's world.

In judicial cases that will serve as a basis for this reflection and notes becomes, quite clear, an excess of "judicial liberalism (arbitration)" in the protection of women.

Here are five examples. The first case focuses on the school dropout of Roma girls. The second (Lubanga case) on the protection granted to child soldiers (male) and disprotection against sexual violence against soldiers girls. In the third case, it shows a discriminatory interpretation of the law, of inequality, aggravated by prejudices and stereotypes that inferiorize the old woman in the recognition of compensation due for non-patrimonial damages (due to incapacity for sexual intercourse). The fourth case reports a case of rape that blamed the victim and apologizes to the authors. . Lastly, in the same line of deprecation as the authors, another disturbing judgment concerning a case of domestic violence reveals how the courts do not know how to assess these cases because they are tied to their culture and a very mitigated assessment of responsibility.

As these analyses have shown, still, persists in jurisprudence an interpretative pattern of reference built by man and a vision of inequality. It is a very traditionalist posture that perpetuates a patriarchal structure, hierarchized, based on the inequality and inferiority of women.

This judicial view banalizes and disrespects the principle of equality (material) and leaves out a universalistic understanding of the norms that do not allow effective equality.

Society cannot remain insensitive to social injustices that perpetuate itself through the application of law (judicial Praxis). As recently, it was seen, in the purpose of the (just) protest by the controversial sentences of Judge Neto de Moura.

In the case of separate judicial cases, a common point arises: The judges do not break/do not abandon their personal vision/pre-understanding of the culturally (de)formed law. And, unfortunately, it is a case-law (inadequate) that entails the devaluation of women and its protection which does not fulfil the objective of justice or social pacification. What justifies the legal criticism and the attention conferred by society, because justice "righteous" judges in its time.

KEYWORDS

jurisprudence, gender, woman, domestic violence

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo discutir/refletir sobre 5 acórdãos recentes que foram abordados na Disciplina de Introdução ao Direito e Pensamento Jurídico.

Trata-se de decisões e fundamentações com contornos preocupantes que levam a perpetuar a exclusão e menorização da mulher.

A jurisprudência, por vezes, longe de (re)criar a ordem e pacificação social provoca uma intensificação das desigualdades. Pretende-se através desta recopilação de decisões judiciais identificar as dificuldades surgidas na resolução de casos reais que incidem sobre mulheres. Casos que interpelam o Direito- a sua aplicação pelos tribunais- a buscarem para eles uma solução e fundamentação justa.

Estes casos, e os seus diversos contextos, são exemplos de até que ponto uma decisão judicial arquitectada no âmbito de uma dada visão histórica-social e perfil do julgador (não) consegue responder adequadamente aos desafios do mundo de hoje.

Nos casos judiciais que servirão de base a esta reflexão e notas torna-se bem claro um excesso de “liberalismo (arbítrio) judiciário” na proteção da mulher.

Mostram-se cinco exemplos. O primeiro caso se debruça sobre o abandono escolar das meninas ciganas. O segundo (caso Lubanga) sobre a proteção concedida às crianças soldados (masculinas) e desproteção frente à violência sexual contra as meninas soldados. No terceiro caso, mostra-se uma interpretação discriminatória da lei, de desigualdade, agravada por preconceitos e estereótipos que inferiorizam a mulher de idade no reconhecimento de uma indemnização devida por danos não patrimoniais (por incapacidade para relacionamento sexual). O quarto caso reporta-se a um caso de violação que culpabiliza a vítima e desculpabiliza os autores. Por último, na mesma linha desculpabilizante dos autores, outro inquietante acórdão relativo a um caso de violência doméstica revelador de como os tribunais não sabem valorar estes casos porque estão amarrados à sua cultura e a uma valoração muito mitigada da responsabilidade

1. **CASO DAMENINA CIGANA** – Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa de
20 de marco de 2012, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/75074309b70e7a8c802579ce00464024?OpenDocument>

O Tribunal perante uma situação sinalizada - abandono escolar em fase de escolaridade obrigatória e em que os pais da menor fundamentam a sua recusa na continuação da escolaridade em razões culturais, fortemente enraizados determinou a aplicação à menor em causa da medida prevista no art.35º da LPCJP (Apoio junto dos pais para que compreendam a necessidade da menor concluir a escolaridade obrigatória).

A decisão tem o mérito de sensibilizar para a importância da educação. Pois, só a escolaridade, a educação e a formação são resposta aos problemas de exclusão social e pobreza, associadas quase sempre à falta de qualificações profissionais.

Pertencendo, ou não, a uma etnia, in casu, a jovem cigana tem direito à escolaridade, educação e formação, devendo ser-lhe assegurado pelo Estado os diversos graus de ensino, em função das suas capacidades e em igualdade de oportunidades.

Por isso, a decisão do Tribunal da Relação não me parece acertada pois com fundamento no nº2 da Lei nº46/86, de 14 de Outubro, deveria ter-se declarado que a menor deveria concluir a escolaridade mínima obrigatória, com os objetivos consagrados no art.7º da mesma Lei, os quais têm em vista assegurar progressivamente o exercício desse direito na base da igualdade de oportunidades. De igual modo, a decisão recorrida que considerou que a menor não se encontrava em situação de perigo. Contudo, não incentivando nem favorecendo a escolaridade, educação, formação e desenvolvimento completo da menor, os seus pais colocaram-na, por omissão, em situação objectiva de perigo se atendermos ao facto de esta não ter ainda completado a escolaridade mínima obrigatória, nem possuir a idade mínima de admissão para prestar trabalho.

Também, há que ter em conta que as realidades sociológicas não são estáticas e não é aceitável que a justificação para a menor deixar de frequentar o ensino obrigatório seja a preservação da sua “pureza”.

Face aos factos apurados e em obediência ao princípio da proporcionalidade, há que conciliar o interesse da jovem em causa em ter acesso a uma educação igual à dos outros jovens e as suas raízes culturais que a levam a acreditar, bem como, à sua família que “atingida a menarca da jovem, deve deixar a escola para preservar a sua pureza”.

Na Constituição da República Portuguesa no seu artigo primeiro, sustenta que Portugal é uma República baseada na dignidade da pessoa humana. Iluminada por este

princípio constitucional e fundamental, a CRP consagra o princípio da universalidade (art. 12.º), e confere aos cidadãos um estatuto de igualdade sem qualquer discriminação (art. 13.º). E, no seu art. 15.º, estatui a igualdade dos estrangeiros, apátridas e cidadãos europeus aos cidadãos portugueses, em matéria de direitos e deveres. Integram-se, ainda, nas obrigações constitucionais do Estado proteger as crianças com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições (art. 69.º); e assegura a democratização da educação (art. 73.º) e o ensino básico universal, obrigatório e gratuito (art. 74.º, n. 2 a)). No que concerne à família, a CRP assegura os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (art. 36.º). Também, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças defende o direito à identidade – art. 8.º, o direito a não ser separado dos seus pais contra a vontade destes – art. 9.º, o direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de religião – art. 14.º - e o direito a não ser privada do direito de deter a sua própria vida cultural.

Concordando com a decisão, sobre a existência de valores constitucionais e legais conflitantes na resolução deste processo, não podemos no entanto ignorar a hierarquia desses mesmos valores constitucionais. E, no caso vertente, na minha opinião, dúvidas não restam de que deve prevalecer o superior interesse da criança, sobre o entendimento dos pais relativamente à necessidade de manter a “pureza” da criança segundo a tradição e cultura ciganas.

Neste acórdão, estamos perante um conflito entre a Educação e a Cultura. Assim, na falta de um critério legal, a colisão de direitos e o conflito de deveres só podem ser solucionados através de uma hierarquização dos interesses a que a respeitem aqueles direitos e deveres. Deste modo, é fundamental perceber como se efetua esta ponderação dos direitos ou deveres conflitantes. Deste modo, todos os direitos e deveres têm uma medida ótima de serem gozados ou de serem cumpridos. É precisamente esta medida que pode ser afetada por um outro direito ou por um outro dever, pois que um direito ou um dever conflitante pode “sub-otimizar” ou impedir o gozo de um outro direito ou o cumprimento de um outro dever. Consequentemente, pode enunciar-se a fórmula de ponderação em situação de escolha de direitos ou deveres conflitantes: prevalece o direito cujo gozo ou dever cujo cumprimento “derrotar” a contra-razão fornecida por um direito ou dever incompatível. Deste modo, os direitos são equivalentes se a razão para o gozo ou cumprimento de um deles for igual à contra-razão fornecida por outro direito ou por outro

dever conflituante para o seu não gozo ou para o seu não cumprimento. Importa salientar que as razões e contra-razões fornecidas por cada um dos direitos ou por cada um dos deveres são aferidas pela importância dos interesses a que eles respeitam.

Assim, se após a avaliação dos interesses a que respeitam os direitos ou os deveres conflituantes, se concluir que um deles prevalece sobre todos os demais, há que dar preferência ao direito ou a dever superior. Esta prevalência pode desencadear a situação em que apenas o direito prevalecente pode ser gozado, ou seja, aquela em que o gozo de um direito superior impede o gozo de um direito inferior (art.335º, nº2, CC e art.36º, nº1, CP).

Por outro lado, se um direito ou dever respeitar a um interesse equivalente dos demais direitos ou deveres conflituantes, então nenhum dos direitos ou deveres prevalece sobre os demais. Assim, há que considerar que apesar de conflituantes, todos os direitos podem ser gozados, embora numa medida “sub-otimizada”, deste modo segundo o que se estabelece no art. 335, nº1, CC, cada um dos direitos conflituantes deve ceder, na medida do necessário, para que todos eles possam ser gozados, opta-se pela denominada solução de compromisso, neste caso pela solução de compromisso entre o direito à educação e o direito dos pais à educação, à manutenção dos filhos e à própria vida cultural.

Contudo, importa questionar que Cultura está em causa neste acórdão? Que tradição? É de realçar particularmente que a honra das famílias ciganas está centrada, de forma chocante, no comportamento das raparigas, que se devem manter virgens até ao casamento, amiúde celebrado em idades precoces.

O fato de não ‘demonstrar motivação para frequentar a escola’ ou de ‘ser de etnia cigana’ e ter ‘de cumprir com as suas tradições’ não pode ser razão para decidir pela não frequência escolar, negando um direito humano fundamental à formação de cidadãos e cidadãs conscientes e críticos/as, pois é de extrema relevância considerar que o acesso à educação é um direito básico das crianças e um alicerce fundamental para o desenvolvimento destas como pessoas e membros de uma sociedade, sendo que permitir que uma rapariga de 15 anos não cumpra a escolaridade obrigatória é negar-lhe o acesso à vida plena, condenar o seu futuro profissional, sendo que no caso escolar isso significa uma gritante desigualdade de género, evidenciando um preconceito fortemente sexista, pois esta tradição apenas se aplica às meninas ciganas.

Consequentemente, há que explicar aos pais da menor que uma coisa não exclui a outra e que a escolaridade obrigatória visa defender as crianças e os jovens, evitando que

entrem prematuramente no mercado de trabalho com prejuízo para o seu normal desenvolvimento psicossocial. É o Direito que deve permitir às crianças emanciparem-se das limitações sociais e culturais do seu meio de origem e tornarem-se cidadãos iguais entre si. Negá-lo é impedir que venham realmente a integrar-se na sociedade e viver a plenitude das suas escolhas. É abdicar da igualdade de todos perante a lei. Além disso, contribui para que as taxas de insucesso e abandono escolar dos ciganos se mantenham mais elevadas do que a média – como acontece principalmente entre as raparigas.

Por conseguinte, a segregação dos ciganos conforta preconceitos: de uma parte da sociedade maioritária, que por racismo prefere os ciganos isolados, assinalados e pobres; e de uma parte dos ciganos, que consideram a sobrevivência das suas tradições e costumes ameaçados pela maioria. Nem os preconceitos de uns nem de outros podem ser considerados numa decisão de um tribunal da República. Porque o Estado desistir de integrar os ciganos é assumir que a cidadania é de geometria variável com as culturas e tradições. E porque o direito à diferença não pode descambar em diferenças no Direito: os cidadãos portugueses ciganos têm direito a manter sem estigmatização os seus costumes e tradições que respeitem as leis gerais, mas não se pode ignorar que dentro das minorias também existe frequentemente estigmatização de quem abandona o grupo – e na cultura cigana uma menorização tradicional das mulheres, pois por entre a floresta das culturas, das tradições, das identidades e dos preconceitos, a República tem que ver cada cidadão como uma árvore que independentemente das suas raízes merece atenção para poder crescer e frutificar.

Também, a Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância (ECRI) recomendou às autoridades portuguesas que garantam a frequência até à escolaridade obrigatória das crianças ciganas até à idade de 18 anos, salientando a importância de construir pontes com as comunidades para atingir os objetivos de integração que o Governo português definiu no âmbito da Estratégia Nacional para a Integração das Comunidades Ciganas (ENICC), 2013, que adota uma abordagem integrada e intersectorial e está alinhada com outras estratégias nacionais como a Estratégia Nacional para a Igualdade e Não Discriminação 2018-2030, definindo como prioridades o reforço da escolarização e a integração profissional das pessoas ciganas, a melhoria das condições de habitação dos ciganos em situação de exclusão social e o combate à discriminação.

Assim, sendo indiscutível que os ciganos são um dos públicos mais discriminados na sociedade portuguesa é preciso trabalhar com as comunidades, capacitando-as para

que sejam agentes ativos da mudança. A integração é um processo bilateral, que envolve os dois lados: a sociedade e as comunidades ciganas, tornando possível a concretização da “solução de compromisso”, acima referida aquando do procedimento a utilizar no conflito entre normas. Como as leis têm um carácter universal, a escolaridade obrigatória aplica-se na cidade e no campo, a meninos e a meninas, de etnia dominante ou minoritária, e é esse universalismo que permite uma efetiva igualdade de direitos. Por vezes há choques, mas resolvem-se através da sensibilização, da intervenção social ou pedagógica, valorizando-se sempre a importância da Educação.

Neste compromisso bilateral é imperativo referir que o reconhecimento dos direitos específicos das minorias deu um passo importante na evolução recente do Direito Internacional e dos direitos humanos, ocupando um papel proeminente nas agendas das organizações internacionais, o que levou à adoção de um grande número de instrumentos normativos. Deste modo, os Estados deverão proteger a existência e a identidade nacional ou étnica, cultural, religiosa e linguística das minorias nos seus respetivos territórios e promover condições para a promoção dessa identidade.

O princípio da igualdade de tratamento não é suficiente para garantir a proteção das minorias, uma vez que as circunstâncias históricas podem reduzir drasticamente a capacidade das minorias de aceder à igualdade de oportunidades. Portanto, medidas especiais são necessárias, como uma política cultural traçada desde a Administração de um Estado que atue como ponto de conexão entre as diferentes realidades culturais do território, como garantia de respeito e preservação das culturas presentes em todo o país. Deste modo, a integração dos ciganos na sociedade só pode ser alcançada assegurando-lhes o direito de permanecer quem são, o direito de preservar a sua identidade, a sua cultura e a sua língua. Como por exemplo, o estatuto de minoria nacional dos ciganos na Suécia teve um efeito positivo nas possibilidades de o conseguir. Em Portugal, não se pode esconder que existem problemas para a cultura cigana dentro de tal sistema educacional homogeneizador e com uma matriz cultural tão unívoca, onde a chegada da cultura cigana ao currículo ainda é difícil. Assim, considero que se deverá melhorar e permear os currículos escolares e a formação de professores, de um conhecimento positivo da cultura cigana: história, linguagem, literatura, etc., criando uma coexistência intercultural e interétnica, bem como um conhecimento significativo, plural e respeitoso sobre as mais diversas maneiras de ser e estar no mundo.

Educar-se é, fundamentalmente, conhecer e aprender os mecanismos de convivência e desenvolvimento social. Ou seja, outros valores que são tão importantes quanto os "conteúdos" para nossa vida diária também são desenvolvidos na escola. Portanto, uma tarefa fundamental neste caminho será transmitir à comunidade cigana as possibilidades pessoais e sociais que a Educação oferece. Todavia, a Educação deve respeitar a Cultura, pois a oferta educacional deve abordar a interculturalidade. É o momento em que a esfera educacional começa a tomar medidas para desenvolver áreas interculturais, onde a própria cultura cigana tem seu lugar e reconhecimento, potenciando o encontro entre culturas.

A interculturalidade implica o compromisso com um novo modelo de sociedade que ultrapassa as duas posições etnocêntricas (que levam à assimilação) como os do relativismo cultural (que leva à segregação ou "guetização"), através da busca de um encontro entre culturas e um encontro igualitário. Exemplificando, a escola pode ser um lugar onde as crianças ciganas se sentem protegidas, como é o caso da Escola Básica Quinta do Simão, em Aveiro, onde 88% dos alunos são de etnia cigana e as faltas só ocorrem por motivos de força maior.

De igual modo, são importantes a participação familiar nas atividades escolares, através de ações dirigidas às famílias, como reuniões de grupos de pais de alunos com o objetivo de refletir sobre a importância da educação e o apoio necessário ao processo educativo desde a família.

Em suma, a Cultura e a Educação devem funcionar de braço entrelaçado, pois o abandono escolar por parte das meninas ciganas é particularmente grave na adolescência, um estágio evolutivo dedicado especialmente à construção da própria identidade, através de processos individuais em que o jovem irá refletir e definir o que pensa ser. Assim, é fulcral e urgente motivar os alunos para que eles sintam a necessidade e os benefícios de obter graus académicos e do seu próprio desenvolvimento pessoal e profissional. Deste modo, será desencadeado um impulso à progressão da população cigana das novas gerações dentro da própria comunidade. E parece existir um desvio do Tribunal quando só recomenda como tratamento da questão um trabalho pedagógico junto dos pais.

2. **CASO LUBANGA** (decisão de 14 de março de 2012 do International Criminal Court, disponível em https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_03942.PDF)

O ICC declarou Thomas Lubanga culpado dos crimes de recrutamento de crianças menores de quinze anos na FPLC, desde o início de Setembro de 2002 até 13 de Agosto de 2003, e usá-las para participar ativamente nas hostilidades, nos termos do art. 8º (2) (e) (vi) e (vii) e do art.25º (3) (a) do Estatuto de Roma, respeitando o art.21º (3) do Estatuto, sendo condenado a 14 anos de prisão.

Lancemos um olhar para a Fundamentação de facto e direito para detetar a filosofia judicial.

O Sr. Lubanga, conjuntamente com outros, recrutou e alistou crianças com idade inferior a 15 anos no grupo armado do UPC / FPLC para participar ativamente das hostilidades entre 1 de Setembro de 2002 e 13 de Agosto de 2003. Múltiplas testemunhas declararam de forma confiável que crianças menores de 15 anos foram “voluntariamente” ou recrutados à força para o UPC / FPLC. Também, vídeos mostraram que as crianças nos campos militares suportaram regimes de treinamento rigorosos e foram submetidos a uma variedade de punições. Acrescenta-se que também resultaram evidências de crianças, principalmente meninas, que foram utilizados pelos comandantes da UPC / FPLC para realizar o trabalho doméstico e foram vítimas de violência sexual. Foram ouvidos depoimentos de meninas que foram submetidas a violência sexual por Comandantes UPC / FPLC. Apesar de algumas contradições nos testemunhos sabe-se que isso não abala a sua veracidade, pois segundo os avanços mais recentes da Psicologia acerca da narratividade, cada pessoa constrói narrativamente o que é, em constante mudança, sendo de considerar que as meninas se encontravam sob um efeito pós-traumático.

Importa destacar que no que diz respeito ao delito de usar crianças, menores de 15 anos, para participar ativamente nas hostilidades, a Câmara considerou que este inclui uma ampla gama de atividades, através dos meninos ou meninas que estão envolvidos em uma infinidade de papéis que apoiam os combatentes.

No que concerne aos critérios a adotar para as devidas reparações às vítimas, estas podem tomar a forma de restituição, compensação e reabilitação e devem considerar, especificamente, as vítimas de violência sexual, adotando uma abordagem inclusiva de género.

O Tribunal condenou o Sr. Lubanga pelos crimes de alistamento, recrutamento e uso de crianças-soldados. Contudo, não foi condenado por nenhum crime sexual ou de género, apesar de terem surgido evidências durante o julgamento de violência sexual contra as meninas soldados.

É essencial referir esta disparidade. O Procurador errou, pois é o responsável pela investigação e a formulação e escolha das acusações com base nos elementos factuais subjacentes. Assim, o Procurador não atuou corretamente no apuramento dos factos, concentrando-se no uso de crianças-soldados, apenas contemplando os rapazes. Embora houvesse evidências de que as meninas-soldados foram submetidas a escravidão sexual e estupro, nenhuma acusação foi feita em relação a esses crimes. Deste modo, o foco restrito da estratégia da investigação e ação penal levou à exclusão de crimes de violência sexual. Consequentemente, limitou a atuação dos juízes que não podem ultrapassar o conteúdo das acusações. Acresce que os juízes também erraram aquando da definição de criança-soldado, pois consideraram apenas o rapaz que está exposto a ser um potencial alvo de um eventual ataque do inimigo.

A omissão das acusações relacionadas à violência sexual neste caso foi controversa e decepcionante do ponto de vista de género, dada a preponderância da violência sexual no conflito na República Democrática do Congo e as expectativas sobre o TPI como instituição progressista de género. A representante Especial da Secretária Geral das Nações Unidas para as Crianças em Conflito Armado, declarou que a exploração sexual fornece uma função de apoio ao exército, exatamente como qualquer outra criança-soldado pode fornecer. Portanto, o art. 8º do Estatuto de Roma deveria contemplar de modo expreso, que o recrutamento e alistamento de crianças soldados engloba a existência de violência sexual, em coerência com o art.21(3) do Estatuto.

Vale a pena sublinhar que numa corajosa opinião dissidente, a juíza Odio Benito afirma que a violência sexual é um elemento inerente e intrínseco dos crimes de guerra de alistamento, recrutamento e utilização de crianças para participar ativamente nas hostilidades. Resultando, assim, que o conceito de risco definido pela maioria da Corte (para delimitar o conceito de participação ativa nas hostilidades) é discriminatório, pois esse risco pode vir de qualquer parte envolvida no conflito, sendo que nos crimes de violência sexual as meninas-soldado são vítimas da própria milícia.

O recrutamento de crianças menores de 15 anos é proibido pelo Estatuto de Roma, pelos tratados internacionais e pelo Direito Consuetudinário Internacional. Todas estas fontes de lei procuram proteger as crianças com menos de 15 anos dos múltiplos riscos aos quais estão sujeitas no contexto de qualquer conflito armado, tais como maus-tratos, violência sexual e casamentos forçados. Assim, a juíza Odio Benito critica o conceito de criança soldado dado pela Corte e refere o erro na interpretação do Art 21(3) do Estatuto

de Roma, pois nos termos deste artigo a Câmara é obrigada a interpretar e aplicar a lei de acordo com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o sexo, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação económica, o nascimento ou outra condição.

Aliás, a juíza Odio Benito considera que a maioria da Câmara parece confundir as alegações factuais deste caso com o conceito legal do crime, que são independentes. Ao não incluir dentro do conceito legal de criança-soldado a violência sexual e outros maus-tratos sofridos por meninas e meninos, a maioria da Câmara está a tornar invisível esse aspeto crítico do crime. A invisibilidade da violência sexual no conceito legal pode levar a uma avaliação limitada e potencialmente discriminatória dos riscos e danos sofridos pela criança. Portanto, é necessário e dever da Câmara incluir a violência sexual dentro do conceito legal de criança-soldado.

Desta forma, entendo que este crime, constituindo uma grave ameaça à integridade física e psíquica das vítimas, com consequências nefastas e profundamente traumatizantes deveria ser alvo de uma tutela mais efetiva no âmbito internacional, punido aqueles que o praticam, sendo crucial salientar que as crianças-soldados podem tanto ser vítimas de ataques exteriores do inimigo, como podem ser vítimas do próprio grupo armado que recrutou a criança ilegalmente.

As meninas-soldado, no que respeita a programas de reparação, são escassamente protegidas, uma vez que não se verifica uma distinção efetiva quanto ao género no processo de reintegração e reabilitação após violência sexual e casamento forçado. Em adição, enfrentam um elevado risco por exposição perigosa ao vírus do VIH/AIDS, entre outras doenças sexualmente transmissíveis, bastante comuns no ambiente e meio em que, geralmente, estes conflitos armados decorrem.

Contudo, a estratégia do Procurador, focada no recrutamento e utilização de crianças soldado, e a sua decisão em não prosseguir os crimes sexuais conduziu à exclusão de um grande número de vítimas dos crimes que não foram incluídos na acusação. Assim, seria coerente incluir expressamente, no corpo do art.º 8, N.º 2, al. b) – XXVI do ERTPI, numa próxima revisão a este Estatuto, o crime de violação, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez à força ou qualquer forma de violência no campo sexual de gravidade comparável associado ao recrutamento de crianças no contexto de conflito armado, como elemento possível, punível quer contra crianças do sexo masculino,

mas sobretudo contra crianças do sexo feminino (e talvez, de forma mais grave, por serem mais vulneráveis aos abusos).

Deste modo, julgar o Sr. Lubanga pelo recrutamento, alistamento e uso de crianças soldado, não reflete o conjunto completo dos crimes praticados. Aceitar que tais crimes possam decorrer sem qualquer punição é, igualmente, aceitar que tais crimes possam ocorrer livremente e, com isso, reduzir a dignidade moral e a integridade física e psíquica das vítimas (do sexo feminino).

Em suma, este acórdão emanado pelo ICC – tem um especial significado -devendo funcionar como um instrumento para consciencializar os futuros procuradores e juízes da necessidade de procederem a uma investigação rigorosa, precisa e efetiva de todas as suspeitas de crimes que possam ter ocorrido e que devem ser levadas a julgamento, de modo a garantir uma maior efetividade na proteção de todas as vítimas. Assim, a posição da juíza Odio Benito abriu caminhos para uma melhor Justiça, dando atenção ao sofrimento das mulheres nos conflitos armados e contribuindo para evitar injustas desigualdades na aplicação do direito pelos Tribunais. Para além da evolução da definição de criança-soldado, e em pleno respeito pela interpretação do art. 21(3) do Estatuto de Roma.

Há que aludir que o Conselho de Segurança (CS) da ONU aprovou esta semana, a 23 de abril de 2019, uma resolução para o combate à violência sexual em conflitos, apresentada pela Alemanha, <https://news.un.org/en/story/2019/04/1037151>.

O Documento traz esperança na eliminação da violência sexual em conflitos à escala global e expressa a preocupação do Conselho sobre “o progresso lento” da eliminação. E insta o reforço do acesso à justiça para as vítimas. Contudo, não integra uma referência ao Tribunal Penal Internacional sobre o julgamento de alegados criminosos. Não por acaso o secretário-geral das Nações Unidas, António Guterres, denunciou a “ampla impunidade” e que a violência sexual continua a ser uma característica horrível dos conflitos em todo o mundo”.

3. **CASO CIRURGIA** - indemnização devida a vítima mulher mais de 50 anos por danos não patrimoniais (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 09 de outubro de 2014) disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/683aef3e81f7522480257d70004aee6f?OpenDocument&ExpandSection=1>

Neste caso, estava em causa o recurso de uma mulher completamente ativa, quer a nível profissional, social ou sexual, que de um momento para o outro ficou com incapacidade para manter relações sexuais, encontrando-se em sofrimentos física e psicologicamente há mais de 18 anos, desde a data da intervenção cirúrgica.

A atuação dos médicos fora ilícita e passível de um juízo de reprovação à luz do critério previsto no n.º 2 do artigo 487.º do CC, por violadora das *leges artis*, que lhe impunham o cuidado de não lesar o nervo pudendo da A., pelo que o seu comportamento ficou abaixo do *standard técnico/científico* que era exigível a um ginecologista cirurgião médio. Assim, no âmbito dos danos não patrimoniais, importava fixar um valor que indenize a Autora dos danos sofridos.

No acórdão recorre-se à equidade para reparar os danos extracontratuais. A equidade (em grego *epieikeia* e em latim *aequitas*) é a justiça do caso concreto. Consideramos acertada a decisão de se recorrer à equidade para cálculo da indemnização devida pelos apontados danos.

O primeiro teorizador da equidade foi Aristóteles que afirmou o seguinte: “A justiça e a equidade são o mesmo. E, embora ambas sejam qualidades sérias, a equidade é a mais poderosa. O que põe aqui em problema é o facto de a equidade ser justa, não de acordo com a lei, mas na medida em que tem uma função retificadora da justiça legal. O fundamento para tal função retificadora resulta de, embora toda a lei seja universal, haver, contudo, casos a respeito dos quais não é possível anunciar de modo correto um princípio universal. Quando a lei enuncia um princípio universal, e se verifica resultarem casos que vão contra essa universalidade, nessa altura está certo que se retifique o defeito. A natureza da equidade é, então, ser retificadora do defeito de lei, defeito que resulta da sua caracterização universal”. Assim, em contraposição ao carácter abstrato e geral da lei, a equidade atende às especificidades do caso concreto e procura encontrar uma solução justa considerando essas mesmas especificidades. Aristóteles exprimia esta adaptação da justiça ao caso concreto através de uma analogia: “A regra do que é indefinido é também ela própria indefinida, tal como acontece com a régua de chumbo utilizada pelos construtores de Lesbos. Do mesmo modo que esta régua se altera consoante a forma da pedra e não permanece sempre a mesma, assim também o decreto terá de se adequar às mais diversas circunstâncias”.

No Direito vigente o art.4.º, relativo à relevância da equidade, encontra-se integrado nas fontes de Direito (cf. art. 1.º a 4.º CC). Segundo o Professor Miguel Teixeira de Sousa,

esta sistematização legal é discutível, pois a equidade não pode ser considerada como fonte de Direito dado que não possui as características de abstração e de generalização que são características normas da lei.

O critério de decisão segundo a equidade pode ser um critério exclusivo ou concorrente de solução de casos concretos. As hipóteses em que a equidade pode ser o único critério de solução constam no art.4º CC, que admite o recurso à equidade nas seguintes situações: quando haja disposição legal que o permita; quando haja acordo das partes e a relação jurídica não seja indisponível; ou quando as partes tenham convencionado que a apreciação da cauda seja realizada por um tribunal arbitral e que este tribunal julgue segundo a equidade.

A equidade também pode concorrer com outros critérios para a decisão de casos concretos. A situação mais comum é aquela em que a equidade se conjuga com um critério normativo, como sucede no acórdão em estudo, quando no âmbito da análise de elementos da responsabilidade civil, há que proceder à quantificação dos danos, seja quando o agente atuou com mera culpa (cf.art.494º CC), seja quando não possa ser averiguado o montante exato desses danos (art. 566, nº3, CC).

Porém, neste acórdão os danos não patrimoniais são desvalorizados, sendo que os juízes do Supremo Tribunal Administrativo reduziram o valor da indemnização estipulada pela primeira instância por danos não patrimoniais, pois como a vítima já tinha mais de 50 anos à data em que foi operada, o STA entendeu que a sexualidade a partir dos 50 anos não tinha a mesma relevância que teria se ela fosse mais nova, alegando que a sexualidade perde importância com o tempo. Deste modo, foi discriminada em função do sexo, da idade e de ter sido mãe. A meu ver a justificação “está viciada” porque contraria de forma ostensiva um facto público e notório: nem a idade, nem o número de filhos são motivo para que uma mulher não possa gozar do direito a uma vida sexual ativa, direito protegido pela Constituição da República Portuguesa.

O acórdão do Supremo Tribunal Administrativo baseou-se em estereótipos de género ligados ao papel subalterno da mulher e à sua função procriadora, que ignora a sua auto-realização como ser humano, uma vez que a prática sexual não se esgota ou se reconduz de modo exclusivo à procriação. Assim, está bem ilustrado o modelo de sexualidade, infelizmente, ainda vigente na nossa sociedade, que negligência a saúde feminina e valoriza apenas a saúde reprodutiva.

A decisão do Supremo Tribunal Administrativo viola vários princípios que estão previstos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e que prevalecem no sistema judiciário português, o art.8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) e o art.14º (proibição da discriminação). Posteriormente o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) condenou Portugal por discriminação sexual.

Todavia, não posso deixar de referir a abordagem dos tribunais nacionais em dois outros acórdãos de 2008 e de 2014 sobre queixas de dois pacientes do sexo masculino sobre negligência médica. Nestes casos, o Supremo Tribunal de Justiça concluiu que o facto de os homens já não poderem ter relações sexuais havia afetado sua autoestima e resultaram em “tremendos / fortes choques”, independentemente da sua idade ou se tinham filhos ou não. Assim, há dois pesos e duas medidas na justiça portuguesa, violando o princípio da igualdade de género.

Em adição, é fundamental salientar a importância da indemnização dos danos não patrimoniais, uma vez que têm como objectivo compensar a recorrente daqueles danos, através dum quantia em dinheiro que lhe permita um acréscimo de bem-estar e o acesso a bens recreativos e culturais, enquanto naturais contrapontos das dores e angústias passadas e futuras, da perda da auto estima, da frustração da sociabilidade. Segundo João de Matos Antunes Varela no caso dos danos não patrimoniais, a indemnização reveste uma natureza acentuadamente mista. É que, não obstante visar reparar, de algum modo, mais do que indemnizar, também não se alheia da ideia de reprovar ou castigar no plano civilístico e com os meios próprios do direito privado a conduta do agente. (A. Varela, Das Obrigações em Geral, Vol. I, pág. 607, 608). Porém, é importante enfatizar que a vida sexual da cidadã não é traduzível em euros, mesmo em muitos milhares deles. Privada dela, e não só, a mulheres que julgaram, foi desprotegida, no caso concreto, ao ficar privada de viver em toda a sua dimensão.

Deste modo, considero que a igualdade de género ainda é um objetivo a atingir e uma das formas de o fazer é abordando as causas profundas da desigualdade gerada pelos estereótipos, sendo que nem cientificamente, nem com a experiência, se prova que aos 50 anos a vida sexual se esmoreça.

O povo português dá competência ao juiz para julgar as questões que lhe são submetidas, julga “em nome do Povo”, diz a Constituição da República Portuguesa. Não em seu nome ou conforme as suas infundadas opiniões pessoais. Por conseguinte, o povo português não compreende, nem aceita, que um tribunal superior julgue uma matéria

sensível com ligeireza e leviandade, sem fundamentação convincente e com mera fraseologia bacoca e vazia, não contemplando o recurso ao saber da ciência.

4- CASO DE VIOLAÇÃO DE JOVEM MULHER NUMA DISCOTECA – Acórdão do Tribunal da Relação de Porto de 27 de junho de 2018, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/6f7c90fb3d34e281802582eb0049ac25?OpenDocument>

O Tribunal da Relação do Porto manteve a pena suspensa para dois funcionários de uma discoteca em Gaia condenados por terem violado uma jovem de 26 anos quando “incapaz de resistir”, falando em “danos físicos” sem “especial gravidade”. Os juízes argumentaram que “a culpa dos arguidos situa-se na mediania, ao fim de uma noite com muita bebida alcoólica” e um “ambiente de sedução mútua”. A ilicitude “não é elevada”, defendiam, alegando ainda a ausência de “danos físicos”.

O Acórdão conclui que as finalidades da punição poderão ser alcançadas com a simples ameaça de prisão e a censura do facto, visto que os arguidos não têm qualquer percurso criminal e que “estão perfeitamente integrados, profissional, familiar e socialmente” e sentem “grande constrangimento perante a situação que criaram”. Deste modo, o tribunal só viu atenuantes, pois todo o caso é apreciado no pré-entendimento de que eles não vão para a prisão. Tudo o que pode ser usado para atenuante é invocado, tudo o que devia ser agravante não é, escudando-se no argumento jurídico para branquear os factos.

A meu ver a escolha do tribunal foi clara: entre uma vítima de violação e a desculpabilização dos violadores, o tribunal decidiu proteger os violadores e apoucar a vítima mulher. Consequentemente, devemos-nos questionar acerca da função da sanção, pois que sinal dá à sociedade um acórdão desta natureza?

Segundo o Professor Baptista Machado todo o Direito é positivo, ou não é Direito, assim o Direito como Direito postula vigência. A vigência depende da coercibilidade e, portanto, da existência de uma sanção socialmente organizada que tem por detrás de si um poder organizado, o poder político do Estado. À luz deste pensamento o Direito sem Força seria impotente. Assim, a sanção é a imposição de uma medida jurídica desfavorável à pessoa que violar uma regra de Direito. A existência da sanção é um elemento essencial

do Direito, sendo que para ser eficaz tem de ser obrigatório e deter definição imperativa, igualmente deve deter consequências negativas que a violação acarrete para o infrator.

Contudo, este acórdão legitima a violência sexual contra as mulheres, constituindo uma carta branca e um incentivo para os agressores assediarem/agredirem/violarem, pois nada acontecerá em tribunal e "tudo serve" para desculpar os agressores, acrescentando que os argumentos invocados na decisão judicial revelam que os preconceitos contra as mulheres continuam enraizados nas decisões tribunais portuguesas. Assim a medida da pena demonstra que o crime foi desvalorizado. Há um sinal de impunidade para a comunidade, tal como uma ativista numa manifestação contra este acórdão no Porto afirmou "Há um grande trabalho [a fazer], ainda por cima, se estes homens sabem que podem cometer estes crimes e não são penalizados... É horrível dizer isto, mas é verdade."

A coercibilidade é uma característica normalmente atribuída ao Direito e consiste na suscetibilidade de aplicar uma sanção jurídica pela força, assim, a coerção garante, através, do uso da força, a aplicação de uma sanção. Segundo Kant, "o direito esta ligado à faculdade de coerção" (KANT, Die Metaphysik der Sitten), orientação que também seguida por Jhering: "a coerção colocada pelo Estado na execução constitui o critério absoluto do direito; uma regra jurídica sem coerção é uma contradição em si mesma, um fogo que não arde, uma luz que não alumia" (JHERING, Der Zweck im Recht I). Numa outra formulação: "o Direito não é mero pensamento, mas força viva. É por isso que a justiça, que segura numa mão a balança com a qual pesa o direito, segura na outra uma espada com a qual ela é imposta. A espada sem balança é a força bruta e a balança sem espada é a impotência do direito" (JHERING, Der Kampf um's Recht).

Deste modo, a coerção pressupõe um poder capaz de impor pela força o cumprimento de sanções jurídicas. Nas sociedades atuais, esse poder pertence exclusivamente a órgãos do Estado. Dado que a coação resulta da cominação de uma sanção e a coerção consiste na aplicação dessa sanção. Assim, primeiro, coage-se o agente a atuar de um a determinada forma sob a ameaça de uma sanção: é a designada vis coactiva; depois, recorre-se à coerção para aplicar a sanção ao agente que infringiu a regra jurídica ou que importa acautelar que não viole: é a denominada vis directiva. Em suma, torna-se claro que a coação pretende levar o agente a orientar a sua conduta pela regra jurídica e que a coerção só atua quando o agente tiver violado ou ameaçado violar a regra, sendo que quando se aplica uma sanção punitiva (como a pena de prisão) visa-se sancionar um determinado comportamento antijurídico.

As finalidades da pena são a tutela dos bens jurídicos e, na medida possível, a reinserção do agente na comunidade (art. 40º, no 1, do C. Penal). E no seu n.º 2, plasma-se que “em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa”. Daqui resulta que é a prevenção geral positiva ou de reintegração o factor primacial a ter em conta na aplicação da pena. No quadro da moldura penal abstracta existe um mínimo correspondente às expectativas comunitárias em face da norma jurídica violada e um limite máximo balizado pela culpa do agente e em caso algum ultrapassável. É precisamente entre estes limites, mínimo e máximo, que se satisfazem as necessidades de prevenção especial ou de socialização.

O efeito ressocializador, sendo embora um dos vetores basilares aos fins das penas, cede, necessariamente, perante as exigências de tutela do bem jurídico, ora em causa, e da necessidade de neutralizar os efeitos do crime como exemplo negativo para a sociedade e simultaneamente contribuir para fortalecer a consciência jurídica da comunidade. Deste modo, a comunidade dificilmente compreenderia que alguém que pratica factos tão graves atentatórios da liberdade e autodeterminação sexual fosse punido com pena não preventiva da liberdade.

Considero de extrema importância que a pena não deve ser apenas entendida como um factor de repressão ou mesmo de retribuição, apresentando também um sentido eminentemente pedagógico e ressocializador. As penas aplicam-se tendo em vista, restabelecer a confiança colectiva na norma violada e em última análise a ressocialização e integração do delincente na sociedade.

Por outro lado, o Professor. Figueiredo Dias defende que “a pena alternativa ou a pena de substituição só não serão aplicadas se a execução da pena de prisão se mostrar indispensável para que não sejam postas irremediavelmente em causa a necessária tutela dos bens jurídicos e estabilização contra fáctica das expectativas comunitárias”. Contudo, neste caso da violação em concreto, não se pode considerar que os arguidos sintam uma condenação com suspensão da execução da pena como uma solene advertência. E, assim sendo, é de concluir que a simples censura do facto e ameaça da prisão não realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, uma vez que é imperativo mostrar à sociedade que este é um crime inadmissível, não podem deixar perpassar para a comunidade uma ideia de impunidade uma ação tão grave como esta que constitui um atentado contra a liberdade sexual das mulheres, perpetuando a tolerância em relação a este tipo de arguidos, pois os acusados de crimes sexuais contra mulheres são

apresentados como boas pessoas, como não criminosos, que numa dada situação deram largas aos seus instintos sexuais, desculpabilizando os agressores, ou seja, neste caso, a pena é necessária. Em adição, sublinho que se trata de um acórdão demonstrativo de como a sociedade portuguesa ainda "naturaliza a violência sexual", colocando a culpa na mulher, "tida como a precursora do pecado", por oposição aos homens "incapazes de controlar os seus desejos/pulsões sexuais".

Assim, neste caso a função da sanção, não se prende apenas com o facto de punir os arguidos pelos crimes praticados, mas também contribuir para fortalecer a consciência jurídica da comunidade, bem como na necessidade da educação para o direito por parte dos arguidos, pois não manifestaram qualquer tipo de arrependimento pela prática dos factos. Também, é importante salientar que a vítima escreveu numa mensagem: "O quê que eu ganhava com isso? Vergonha só mais nada", ou seja, a rapariga denuncia o crime de violação também porque urge por termo a estes comportamentos reprováveis e a necessidade de defesa da sociedade perante este tipo de ilícito, que coloca em causa a liberdade e a autodeterminação sexual de quem frequente este ou qualquer outro tipo de estabelecimento de diversão, existindo um sentimento de grande repugnância social pelos indivíduos que cometem tal tipo de crimes.

Em suma, não podemos aceitar que os tribunais sejam um palco para a cultura da violação, uma cultura que transforma as vítimas mulheres em culpadas, uma cultura que subvaloriza e invisibiliza as vítimas, desrespeitando as normas internacionais vigentes como a Convenção de Istambul (2014), que faz parte do ordenamento legal português. Tendo em conta o exposto, considero de extrema urgência lançar um debate nacional sobre a forma como a justiça que se pratica nos tribunais portugueses opera quando são julgados crimes de violência de género, sendo que a ministra, a propósito do juiz Neto de Moura (caso da agressão da mulher adúltera), tinha dito que um caso não punha em causa o sistema. Mas agora são muitos casos. O que evidencia que o problema é sistémico e é preciso olhar para ele.

5. CASO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA SOBRE "MULHER ADULTERA"- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de outubro de 2017, disponível em <https://jumpshare.com/v/XmGPjJyBg6mJMdehLjp8>

O acórdão do Tribunal da Relação do Porto redigido pelo juiz desembargador Neto de Moura, e assinado também pela juíza Maria Luísa Arantes, justifica a manutenção da pena suspensa para o ex-amante que sequestrou a mulher e para o ex-marido que a agrediu violentamente com uma moça com pregos. Para explicar que “o adultério da mulher é um gravíssimo atentado à honra e dignidade do homem”, os magistrados argumentam que há sociedades “em que a mulher adúltera é alvo de lapidação até à morte”; que “na Bíblia podemos ler que a mulher adúltera deve ser punida com a morte”; e ainda que o Código Penal de 1886 “punia com uma pena pouco mais do que simbólica o homem que, achando sua mulher em adultério, nesse acto a matasse”.

Recorrer a elementos histórico-extralegais, como a Bíblia, ou histórico-legais, como Código Penal de 1886, para fundamentar a ideia de que o adultério é fortemente censurado pela comunidade e que, conseqüentemente, esta vê com alguma compreensão a violência exercida pelo homem sobre a mulher, é fazer tábua rasa não só da evolução social verificada em Portugal nos últimos 40 anos, mas também da trajetória efetuada pelo Direito Penal Português. Assim, o Código Penal Português de 1886, citado no acórdão do Tribunal da Relação do Porto, foi revogado pelo Código Penal de 1982, revisto pelo Decreto-Lei 48/95, de 15 de Março. De igual modo, o Código Penal de 1886, citado no acórdão, não é fonte de direito português, não podendo ser aplicado como fonte de Direito pelos tribunais, sendo apenas uma fonte histórica.

Em relação à fonte extrajurídica, a Bíblia, há uso incorreto ou incompleto da mesma, omitindo outras valorizações e abordagens distintas que fazem parte do texto bíblico, pois no episódio do encontro de Jesus com a mulher adúltera, ele pede àqueles que não têm pecados para atirarem a primeira pedra e, conseqüentemente eles acabam por se afastar, simplesmente.

Todavia, considera que “o adultério da mulher é uma conduta que a sociedade sempre condenou e condena fortemente (e são as mulheres honestas as primeiras a estigmatizar as adúlteras) e por isso vê com alguma compreensão a violência exercida pelo homem traído, vexado e humilhado pela mulher”. Deste modo, podemos nos questionar acerca da concepção de Direito que foi aplicada neste acórdão, visto que o juiz aceita que o costume legitima a violência do homem traído por fazer parte da cultura universal enraizada na sociedade, assim sendo justifica que este ato de violência é socialmente aceite e está legitimado perante os valores culturais da comunidade, uma vez que o tribunal considera que respeitou os critérios legais e não há razões para temer a frustração das expectativas

comunitárias na validade das normas violadas. Tal posição não pode ser aceite, nem justa pelas razões que posteriormente irei referir.

O Professor Batista Machado sublinha a importância das normas nascidas diretamente da comunidade social, visto que espelham os valores culturais de uma dada sociedade. Assim, segundo a teoria pluralista, o costume é juridicamente vinculativo pois expressa a vontade do povo. Por conseguinte, à luz deste pensamento, a fundamentação utilizada pelo juiz no acórdão poderia estar validada, visto que justifica o seu ponto de vista baseando-se em que a violência doméstica por parte do homem traído sempre foi e é socialmente aceite. Contudo, é imperativo salientar que este não seria o sentido com que Batista Machado defende a importância da estreita relação do costume e dos valores culturais com o Direito, sendo que a cultura apresenta-se como uma dinâmica viva. Ou seja, as culturas estão em constante processo de evolução, introduzindo novos códigos e atualizando valores. Enquanto produto cultural, o Direito está exposto a mudanças que variam de acordo com o tempo e com o espaço, que por sua vez operam na sociedade. Assim sendo, as normas que vigoram dentro de um certo espaço e de um determinado período de tempo, refletem realidades sociais, económicas, culturais, políticas e ideológicas.

Por outro lado, Hans Kelsen defende a Teoria Pura do Direito, sendo que a sua obra é o reflexo de um homem que lutou contra o espírito da sua época e se insurgiu contra a manipulação do Direito pelos jogos de interesses políticos, embasado com um forte espírito positivo procurou dissociar o direito de qualquer conotação sociológica ou política. Por conseguinte, considera que o Direito não deve ser submetido ao costume nem à cultura. Assim sendo, à luz deste pensamento, a argumentação do acórdão estaria totalmente invalidada.

A meu ver, na sociedade contemporânea, não se pode atenuar ou justificar qualquer tipo de violência, no caso a violência doméstica, mesmo em caso de adultério, uma vez que a violência não pode ser tolerada enquanto resolução de conflitos entre duas pessoas num Estado democrático de Direito. A violência doméstica não pode ser atribuída a um descontrolo por parte do agressor, desculpabilizando-o pelos seus atos criminosos por causa de um suposto comportamento provocatório da mulher vítima. À luz do nosso tempo esta decisão judicial reflete um total desfasamento face à realidade atual e face a uma sociedade que é, felizmente, muito menos tolerante a atos de violência como os que originaram o referido processo judicial do que aquela que os Juizes Desembargadores

responsáveis por esta decisão parecem idealizar, sendo de salientar a revolta da sociedade perante este acórdão, inclusive através da realização de manifestações organizadas no Porto.

A Justiça julga os homens no seu Tempo. E o Tempo, sem dúvida, julgará a Justiça dos homens, como é caso desta decisão que não resistirá ao Tempo e por razões de coerência do sistema deveria ter sido invocada na sentença a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (Convenção de Istambul). Este instrumento constitui o tratado internacional de maior alcance para fazer face a esta grave violação de direitos humanos. O seu objetivo é a tolerância zero para com tal violência e constitui um importante passo em frente para melhor garantir a segurança das mulheres na Europa e no Mundo. A Convenção é, em essência, um apelo renovado para uma maior igualdade entre mulheres e homens, porque a violência contra as mulheres encontra-se profundamente enraizada na desigualdade entre mulheres e homens na sociedade e é perpetuada por uma cultura de tolerância e negação. Sem dúvida, este é o primeiro tratado internacional que contém uma definição de género. Daí que se reconheça agora que mulheres e homens não são apenas biologicamente femininos ou masculinos – existe também uma categoria de género socialmente construída e que atribui às mulheres e aos homens os seus papéis e comportamentos específicos.

Face ao anterior, relativamente ao processamento judicial, deve ser assegurada a criminalização e a devida punição de qualquer violência contra as mulheres, bem como assegurar a inaceitabilidade de justificações para qualquer ato de violência com base na cultura, tradições, religião ou por questões de “honra”. É importante salientar que em Portugal o acervo legislativo e políticas públicas já englobam muitas das medidas previstas na Convenção de Istambul. Sendo que neste Documento, todas as formas de violência contra as mulheres devem ser condenadas, sendo que a realização de jure e de facto da igualdade entre mulheres e homens é elemento chave na prevenção da violência contra as mulheres.

Neste sentido, a solução passa também por atribuir competência para julgar estes casos a tribunais especializados, como já existem em certos países. De modo a dar uma proteção integral às vítimas e reunindo profissionais capacitados para abordar todas as implicações que esta problemática acarreta.

CONCLUSÃO

Como estas análises mostraram persiste, ainda, na jurisprudência, um padrão interpretativo de referência construído pelo homem e por uma visão de desigualdade.

Decisões e fundamentações que merecem censura pelos seus contornos preocupantes e a sua “insustentável leveza do ser Direito” ao perpetuar uma postura muito tradicionalista, a estrutura patriarcal, hierarquizada, com base na desigualdade e inferioridade das mulheres.

Esta visão judicial banaliza e desrespeita o princípio da igualdade (material) e deixa de fora uma compreensão universalista das normas que não possibilita uma igualdade efetiva.

A sociedade não pode permanecer/nem permanece insensível às injustiças sociais que se perpetuam através da aplicação do Direito (praxis judicial) como recentemente, se viu, a propósito do (justo) protesto pelas polémicas sentenças do juiz Neto de Moura.

Tratando-se embora de casos judiciais distintos, aflora um ponto comum: a falta de comprometimento dos decisores que não rompem/ não abandonam a sua visão pessoal/pré-compreensão do Direito culturalmente (de)formada. E, infelizmente, trata-se de uma jurisprudência (desadequada) que acarreta desvalorização da mulher e da sua proteção que não cumpre o objetivo de justiça nem a pacificação social. O que justifica a crítica jurídica e a atenção conferida pela sociedade.