DECISÃO JUDICIAL E A QUESTÃO DE GÊNERO: ANÁLISE DO DISCURSO

José Anselmo de Oliveira
Juiz de Direito, titular da 3ª Vara Criminal da Comarca de Aracaju, Sergipe, Brasil. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe. Professor universitário de cursos de graduação e pós-graduação em direito. Coordenador dos Cursos em Segurança Pública do MJ/SENASP/RENAESP/FaSe (2009-2010). Membro do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe, classe Juízes Estaduais (2009-2011).

Artigo apresentado como trabalho para avaliação de aproveitamento do Curso de Formação de Multiplicadores em Sociologia Judiciária na ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

RESUMO: Trata-se de artigo analisando decisão judicial que reconheceu a união estável homoafetiva entre duas mulheres sob a ótica das teorias sociais e das teorias do discurso, especialmente considerando o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão judicial; direitos fundamentais; teorias sociais; teorias do discurso; união estável homoafetiva.

ABSTRACT: This is article analyzing court decision that recognized the stable homoafetos between two women from the perspective of social theory and theories of discourse, especially considering the democratic state of law and fundamental rights.

KEYWORDS: Judicial decision; fundamental rights; theories social theories of discourse; union stable homoafetos.

1. INTRODUÇÃO

O desafio de decidir em uma sociedade pluralista, democrática e que defende valores contra qualquer tipo de discriminação é muito grande. Por várias razões a decisão judicial enfrenta os discursos e argumentações das partes envolvidas e ainda mais a subjetividade do julgador, a sua formação, ideologia e valores que estão impressos no seu espírito.

O tema sendo gênero torna a questão mais complexa, a uma, por se tratar, a priori, de assunto durante muito tempo excluído das discussões públicas e acadêmicas na área jurídica, limitando-se ao discurso legal e positivista. A duas, por envolver além de conhecimento uma postura de abertura axiológica que enfrenta dogmas religiosos e valores sociais consolidados como verdades quase absolutas.

É certo que o tema não é novo. A postura do Judiciário é que se torna nova, antes mesmo de decisões políticas que se transformem em normas jurídicas. Nesse particular, os contributos da jurisprudência para a mudança das leis no Brasil é um fato concreto. O Legislativo tem sido muito mais lento que as decisões judiciais. Isto é compreensível por várias razões. Uma delas, é que o caso concreto submetido ao Poder Judiciário terá que ser objeto de decisão. E o juiz não poderá deixar de julgar alegando a inexistência de lei, e para isso se valerá de vários mecanismos hermenêuticos para decidir, entre eles os princípios constitucionais, os princípios gerais de direito, a equidade, a regra de experiência, entre outros.

Numa perspectiva dos direitos fundamentais e em vista das dimensões de direitos podemos afirmar com LORENZETTI (2009, pag. 264/265) que:

> "Há outros direitos que surgem de um processo de diferenciação de um indivíduo em relação a outros. Trata-se de questões como o direito à homossexualidade, a mudança de sexo, a rechaçar os tratamentos médicos que são de alto risco. São derivações da liberdade, aplicada a um campo em que tradicionalmente reinou o público, o homogêneo, e que se considerou vital para o funcionamento social."

A finalidade, pois, deste artigo, é analisar à luz das teorias sociais aplicadas ao decidir judicial e às teorias do discurso decisão proferida pelo Juiz da 2ª Vara Privativa de Assistência Judiciária de Aracaju no Processo nº 200988400956, reconhecendo a união estável entre as requerentes M.S.M. e M.S.D. prolatada em 10 de maio de 2010.

O reconhecimento de uma união estável decorrente de uma relação homoafetiva é um bom exemplo de como, do ponto de vista sociológico, podemos, enquanto sociedade pluralista e multicultural, enfrentar o desafio de decidir diante da anomia ou da existência de regras limitadoras frente a princípios e valores constitucionais abertos, no caso específico frente à Constituição Federal de 1988.

2. ANÁLISE DO CASO CONCRETO

As requerentes M.S.M. e M.S.D. pleitearam diante do Juiz da 2ª Vara Privativa de Assistência Judiciária da Comarca de Aracaju, o reconhecimento da união estável entre as duas, juntando documentos e arrolando testemunhas que comprovariam o fato que pretendiam ver reconhecido pela Justiça para os efeitos civis e previdenciários.

A decisão refletiu além das provas documentais e orais produzidas a manifestação do Ministério Público que opinou favorável ao pedido do reconhecimento da união estável, e mais que isto uma análise e aplicação de princípios constitucionais presentes na Constituição de 1988, ante a ausência de regras que estabeleçam as condições para o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

O magistrado prolator da sentença em apreciação se valeu desde os valores expressos no preâmbulo da Constituição Federal ao declarar que o Brasil é um Estado Democrático de Direito:

> "destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social."

Passando ainda a contemplar como fundamentação do julgado o princípio da "Dignidade da pessoa humana" inserto no art. 1º, inciso

III, da Constituição brasileira em vigor, bem como nos objetivos do Estado brasileiro previstos nos incisos I e IV, do art. 3º, da Constituição, que são: "construir uma sociedade livre, justa e solidária" e "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", e de conformidade com o art. 5º, da Constituição, que entre outras garantias, preceitua que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

Buscando dar máxima efetividade aos princípios e preceitos constitucionais já explicitados e, dando uma interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil brasileiro que dispõe: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família", entendeu que é preciso ampliar a interpretação e considerando que "as relações afetivas, sejam homo ou heterossexuais, são baseadas no mesmo suporte fático, razão não há para se atribuir às mesmas tratamento jurídico desigual".

Em que pese a tensão existente entre valores tanto morais como jurídicos, o papel do julgador sob a ótica da teoria da argumentação é o de convencer através do discurso emanado de sua decisão um auditório composto pelas partes e por um número inimagináveis de pessoas que terão acesso à sua sentença. Aqui pode se aplicar a teoria discursiva da moral e com Habermas dizer que a validade da norma particular criada com a sentença está na aceitação universal mediante um consenso, diante da irresolutividade racional das normas éticas e morais. (DUTRA, 2005, p.166/167).

A questão aparentemente simples desvela uma ruptura com o modelo social da modernidade em que determinadas verdades estavam assentes, entre elas os papéis do homem e da mulher, estabelecendo a partir daí os conceitos de "família", "casamento", "união estável", entre outros. A discussão sobre gênero nascido ainda na modernidade com o movimento feminista evolui e põe em xeque os conceitos diante da crise da pós-modernidade, e inclui novos problemas a serem considerados como o gênero que não se limita ao "masculino" e "feminino", mas pela questão da diferença sexual, como se vê em HALL (2006, p.45/46). A sexualidade não é um dado natural, mas um fato cultural abrindo um campo de possibilidades independentemente da "masculinidade" ou "feminilidade" (BAUMAN e MAY, 2010), apesar de permanecer por

muito tempo excluído do discurso tradicional o que contribuía para uma visão limitadora no tocante ao reconhecimento destas potencialidades afetivas e do seu regramento no campo do jurídico.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras vêm se antecipando à produção de regras específicas, entre outros se destaca a posição de Maria Berenice Dias, tanto como julgadora como doutrinadora a exemplo do que disse sobre a liberdade sexual e igualdade jurídica:

> "Ninguém pode se realizar como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade de livre orientação sexual. O direito a tratamento igualitário independente da tendência sexual. A sexualidade integra a própria natureza humana e abrange a dignidade humana." (DIAS, 2004)

O reconhecimento de que na sociedade contemporânea se avulta no sentido jurídico as consequências das relações homoafetivas a implicar em questões de ordem prática como a dependência previdenciária e de plano de saúde, adoção, herança e partilha quando da dissolução da união, fatos juridicamente relevantes e que não podem submergir no mundo invisível a que ficam, em regra, condenadas as diferenças.

3. CONSIDERAÇÕES DERRADEIRAS

Como propósito inicial de analisar a sentença que reconheceu a união estável de um casal homoafetivo à luz da sociologia utilizando como método a teoria do discurso, trazendo por assim dizer a contribuição filosófica de Habermas para melhor compreender o processo de construção dos conceitos, identidades e outras categorias culturais, objeto do estudo das ciências sociais. Buscamos apreender se o comando sentencial levou em consideração em algum momento esta análise.

Concluimos que sem o olhar sobre o fato social inescondível da afetividade que perpassa a relação entre as duas pessoas do mesmo sexo

e que buscaram a proteção do Estado, que por sua Constituição tem o dever de garantir a liberdade, a igualdade e mais que isso a dignidade da pessoa humana, seria impossível entregar uma prestação jurisdicional adequada ao caso concreto. O modelo positivista tradicional não se presta a garantir direitos que foram erigidos a partir de uma evolução da sociedade que passa a reconhecer a necessidade de conviver harmoniosamente com as diferenças de qualquer ordem.

O julgador aqui tem que construir um discurso convincente não bastando as suas convicções pessoais, tendo que motivar e fundamentar por força da própria Constituição Federal em vigor a lógica do seu decidir, abrindo aqui a possibilidade para o consenso.

Finalmente, não se busca neste modelo ou técnica de decidir a subsunção de norma preexistente ao fato, com toda certeza, o objetivo é construir a paz social por meio do respeito aos direitos fundamentais.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt e MAY, Tim; tradução de Alexandre Werneck. *Aprendendo a pensar com a sociologia*. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2010.

DIAS, Maria Berenice in *Curso de direito de família*, coordenação de Douglas Phillips Freitas, Vox Legem, Florianópolis, 2004, p. 265-282.

DUTRA, Delamar José Volpato. *Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2ª ed. rev. e amp. – Florianopolis: Ed. da UFSC, 2005.

HALL, Stuart. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11ª ed. – Rio de Janeiro, DP&A, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Tradução Bruno Miragem. Notas e revisão da tradução Cláudia Lima Marques. *Teoria da decisão judicial fundamentos de direito*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.