

GÊNERO, SEXUALIDADE E DIREITO: ENTRE VIOLÊNCIA E EMANCIPAÇÃO

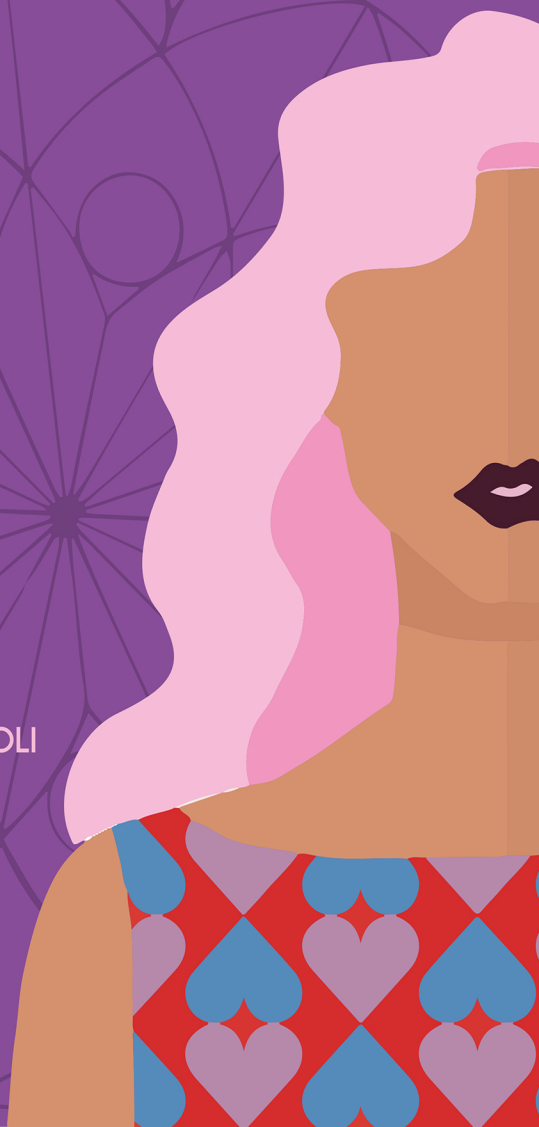
ANAIS DO II CONGRESSO DE DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO

1ª EDIÇÃO INTERNACIONAL

ORGANIZAÇÃO:

PEDRO AUGUSTO GRAVATÁ NICOLI
LÍVIA PEREIRA DE SOUZA
LUÍSA SANTOS PAULO

INITIA VIA
EDITORA



Anais do II Congresso de Diversidade Sexual e de Gênero
1ª Edição Internacional

Volume III

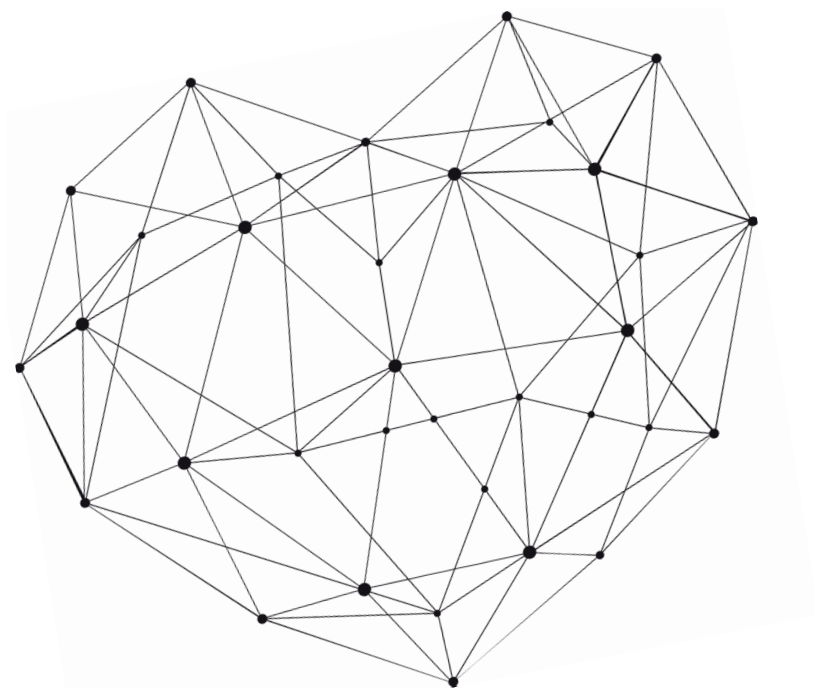
GÊNERO, SEXUALIDADE E DIREITO: ENTRE VIOLÊNCIA E EMANCIPAÇÃO

Organização:

PEDRO AUGUSTO GRAVATÁ NICOLI

LÍVIA PEREIRA DE SOUZA

LUÍSA SANTOS PAULO



INITIA VIA

EDITORA

2017

Gênero, sexualidade e direito: entre violência e emancipação
Anais do II Congresso de Diversidade Sexual e de Gênero – 1ª Edição Internacional
Volume III

Organizadores: Pedro Augusto Gravatá Nicoli, Livia Pereira de Souza e Luísa Santos Paulo

1ª edição - 2017 - Initia Via
Copyright © desta edição [2017] Initia Via Editora Ltda.
Rua dos Timbiras, nº 2250- sl. 103-104 - Bairro Lourdes
Belo Horizonte, MG, Brasil, 30140-061
www.initiavia.com

Editora-Chefe: Isolda Lins Ribeiro
Projeto gráfico: Livia Furtado
Diagramação: Brenda Batista
Arte da capa: Luísa Santos Paulo, Thays da Costa Santos e Antônio Augusto Rausch
Ilustração do miolo: Designed by Smithytomy - Freepik.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial deste livro ou de quaisquer umas de suas partes, por qualquer meio ou processo, sem a prévia autorização do Editor. Vedada a memorização e/ou recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em sistemas de processamento de dados. A violação dos direitos autorais é punível como crime e passível de indenizações diversas.

O48d Congresso de Diversidade Sexual e de Gênero
(2: 2016 : Belo Horizonte, MG)
Gênero, sexualidade e direito: entre violência e emancipação : anais do II Congresso de Diversidade Sexual e de Gênero – 1ª edição internacional / organizadores: Pedro Augusto Gravatá Nicoli, Livia Pereira de Souza e Luísa Santos Paulo. - Belo Horizonte : Initia Via, 2017.

252 p. – Anais de evento – Volume III

ISBN: 978-85-9547-001-9 (volume III)
ISBN: 978-85-64912-98-4 (coleção completa)

1. Direitos humanos. 2. Psicologia. 3. Identidade de gênero. 4. Comportamento Sexual. I. Nicoli, Pedro Augusto Gravatá. II. Souza, Livia Pereira. III. Paulo, Luísa Santos. IV. Título

CDD 341.27

Apoio:



Kingdom of the Netherlands



SUMÁRIO

NOTA DA ORGANIZAÇÃO	6
QUEM SÃO AS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI? REPRESENTAÇÕES SOCIAIS DE JOVENS UNIVERSITÁRIOS DO CURSO DE DIREITO	7
Anne Caroline Salomão Mazine Fernanda Gonçalves de Lima Maria Cristina Smith Menandro	
A PRISÃO DOMICILIAR APÓS A LEI Nº 13.257 DE 8 DE MARÇO DE 2016 E O ESTIGMA DO ESPAÇO RESERVADO À MULHER	19
Renata Bravo dos Santos Cristina Grobério Pazó	
A REPLICAÇÃO DOS MARCADORES DE GÊNERO NA ESTRUTURA DO NARCOTRÁFICO: QUAL A IMPORTÂNCIA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS N. 118.533 PARA O DESENCARCERAMENTO FEMININO?	29
Ana Flávia Silva Aguilar Bruna Souza Costa e Paulo	
O ESTUPRO COMO UM CRIME INTERNACIONAL	41
Bruno de Oliveira Biazatti Alice Lopes Fabris	
CULTURA DO ESTUPRO? ENUNCIADOS JURÍDICOS EM CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	52
Jéssica Soares Martins Lisandra Espíndula Moreira Deborah Lemos Lobato de Araújo	
JURISPRUDÊNCIA EM CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL: CONSENTIMENTO E VULNERABILIDADE PRA QUEM?	63
Marcela Santos Mariana Moreira Silva Miriam Marinho Lisandra Espíndula Moreira	

A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E AS VIOLÊNCIAS SEXUAIS E DE GÊNERO DURANTE A DITADURA MILITAR: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA QUEER	76
Fernanda Araujo Pereira Luísa Santos Paulo	
LEI MARIA DA PENHA: POR UMA IGUALIZAÇÃO DE GÊNERO NO E ATRAVÉS DO DIREITO	87
Jahyra Kelly de Oliveira Sousa	
PARLAMENTO VERSUS CORTE CASO ROE VS. WADE: QUEM DEVE DECIDIR SOBRE ABORTO NO BRASIL	99
Raphaella Borges David Amanda Teixeira Izidório	
A ADVOCACY FEMINISTA NÓRDICA PARA A IGUALDADE E ANTI-DISCRIMINAÇÃO	113
Marina Grandi Giongo	
IGUALDADE DE GÊNERO NA AGENDA E NO SISTEMA INTERNACIONAL: INDÍCIOS DA FORMAÇÃO DE UM REGIME	127
Rafaela Sanches Priscila Mendes Stephany Brum	
O ATIVISMO JUDICIAL E A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS	135
Celso Gustavo Lima Otavio Luiz Garcia Salles de Carvalho	
DISCRIMINAÇÃO SEXUAL NA DOAÇÃO SANGÜÍNEA POR HOMENS HOMOSSEXUAIS	147
Gabriela de Carvalho A. Lopes Isadora Machado Pereira	
LGBTFOBIA E JUSTIÇA RESTAURATIVA	160
Júlio Emílio Cavalcanti Paschoal	

**NEGATIVA DA MASTECTOMIA BILATERAL
MASCULINIZADORA PELOS PLANOS DE SAÚDE:
VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E
FUNDAMENTAIS DOS HOMENS TRANSEXUAIS** 171

Laura Souto Maior Kerstenetzky

**AÇÕES DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL
DE PESSOAS TRANS:
REFLEXÕES SOBRE A EXPERIÊNCIAS DO GRUPO DE
ESTUDOS EM DIREITO E SEXUALIDADE DA FACULDADE
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
(GEDS-FDUSP)** 186

Mariana Alves da Silva
Matheus Caetano Tocantins
Nara Sarmanho Cunha

**POR QUEM OS SINOS DOBRAM?
AS RELAÇÕES DE PODER E OS DESAFIOS DA
EXISTÊNCIA E DO DIREITO AO NOME** 195

Rachel Macedo Rocha

**PARA UMA COMPREENSÃO QUEER DA
ARENA JURÍDICA:
A NARRATIVA AUTOBIOGRÁFICA
COMO MÉTODO DE INVESTIGAÇÃO** 208

Sávio Barros Sousa

**DAS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS COMO
APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA
E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS À
COMUNIDADE LGBT** 215

Claudio de Oliveira
Valber Elias Silva
Sílvia Helena Rigatto

**O ESTATUTO DA FAMÍLIA NO BRASIL E O
CÓDIGO DE FAMÍLIA NA NICARÁGUA:
O USO DO DIREITO E DA LEGISLAÇÃO NA
PERPETUAÇÃO DA OPRESSÃO LGBT EM
CONTEXTOS LATINO-AMERICANOS** 225

Gustavo Lemes de Queiroz

**PROSTITUIÇÃO, CRIMINALIDADE
E PRIVAÇÃO DE LIBERDADE:
LACUNA LEGAL E NEGAÇÃO DE DIREITOS** 242

Júlia Silva Vidal
Olívia Vilas Bôas da Paixão

NOTA DA ORGANIZAÇÃO

É com grande alegria que apresentamos os anais do II Congresso de Diversidade Sexual e de Gênero, realizado em outubro de 2016 na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, por iniciativa do Diverso UFMG – Núcleo Jurídico de Diversidade Sexual e de Gênero. O presente volume tem como título *“Gênero, sexualidade e Direito: entre violência e emancipação”*.

O II Congresso de Diversidade Sexual e de Gênero foi organizado pelo Diverso UFMG com apoio da SEDPAC (Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Participação Social e Cidadania do Estado de Minas Gerais) e financiamento da Embaixada dos do Reino dos Países Baixos, da FAPEMIG, do CNPq e da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Minas Gerais. O evento juntou seus esforços no aprofundamento e ampliação do debate das teorias de gênero e sexualidade no contexto da educação jurídica, das práticas políticas, legislativas e judiciais dirigidas às mulheres e pessoas LGBT. Além disso, propôs uma aproximação entre teorização, representatividade e vivências, em diálogo aberto e multidisciplinar com a militância e movimentos sociais de mulheres e pessoas LGBT, transpondo os muros que separam a academia e a vida. A atividade desenvolveu-se, ainda, em alinhamento com os projetos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, especialmente nas linhas afetas à opressão, desigualdade, inclusão, trabalho e democracia.

O II Congresso de Diversidade Sexual e de Gênero contou com a participação de mais de 600 (seiscentas) pessoas, de todas as regiões do país. Teve, ao longo de seus quatro dias, conferências e mesas redondas em diversos eixos temáticos, como interseccionalidade, maternidade, aborto, justiça sexual e econômica, discursos de ódio, educação, violência de gênero, perspectivas latino-americanas, homofobia, direitos e cidadania LGBT. Contou com a participação de professoras e professores de diversas regiões do mundo, além de muitas outras do Brasil, de Minas Gerais e da própria UFMG. Foram realizados, ainda, encontros de 16 grupos de trabalho, com a apresentação de centenas de artigos em temáticas variadas, muitos dos quais são agora apresentados nos volumes desses anais do Congresso.

No presente volume, os artigos desenvolvem uma percepção aprofundada e plural sobre a função do Direito em matéria de gênero e sexualidade. Se propõem a responder à pergunta: será o Direito uma estrutura de opressão ou um instrumento de emancipação de mulheres e pessoas LGBT? Temas como violência, aborto, estupro, famílias, reconhecimento jurídico, direitos trans, regimes autoritários e acesso à cidadania compõem uma resposta em caminho de construção.

A tod@s, uma boa leitura!

Pedro Nicoli, Livia de Souza e Luísa Santos

QUEM SÃO AS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI? REPRESENTAÇÕES SOCIAIS DE JOVENS UNIVERSITÁRIOS DO CURSO DE DIREITO

Anne Caroline Salomão Mozine¹

Fernanda Gonçalves de Lima²

Maria Cristina Smith Menandro³

RESUMO: A adolescência em conflito com a lei ainda é um tema pouco explorado pelo campo científico no que concerne a participação do feminino na criminalidade. Percebe-se que o sistema socioeducativo é composto predominantemente por adolescentes do sexo masculino, sendo assim, a maior parte das produções estão voltadas para este público. A partir disso, pretendeu-se conhecer e analisar as representações sociais de jovens universitárias do curso de direito sobre meninas em conflito com a lei. Neste sentido, foi realizada uma coleta de dados com a utilização de questionário aberto em uma universidade privada do município de Vila Velha, ES. Os resultados encontrados demonstraram uma representação social relacionada aos papéis de gênero estereotípicos do universo feminino, entre outras representações relacionadas a questões socioeconômicas, raciais e familiares.

Palavras-chave: Adolescência; Representações Sociais; Gênero; Feminino;

ABSTRACT: Adolescent years in conflict with the law are still a subject little explored by scientific field in regards to women's participation in crime. It is noticed that the socio-educational system is composed predominantly of male adolescents; therefore, most productions are aimed at this demographic. From this, we sought to understand and analyze the social representations of female university students of an law school on girls in conflict with the law. In this sense, data collection was performed using open questionnaire in a private university in the city of Vila Velha, ES. The results demonstrated a social representation related to stereotypical gender roles of the feminine universe, among other representations related to socioeconomic, racial and family issues.

Keywords: Adolescence; Social representations; Gender; Female

1. Introdução

¹ Psicóloga. Mestranda pelo Programa de Pós Graduação em Psicologia da Universidade Federal do Espírito Santo. Brasil. Contato: annemozine@gmail.com.

² Psicóloga. Mestranda pelo Programa de Pós Graduação em Psicologia da Universidade Federal do Espírito Santo. Brasil. Contato: fernandagolima@gmail.com.

³ Psicóloga. Professora Doutora do Programa de Pós Graduação em Psicologia da Universidade Federal do Espírito Santo. Contato: cristiasmithmenandro@gmail.com.

O termo adolescência vem sido amplamente utilizado como tema de estudos de pesquisas de diversas áreas. O primeiro grande trabalho a abarcar a temática de forma sistematizada foi publicado em 1904 por Granville Stanley Hall e intitulado *Adolescência*. Gallatin (1978), citado por Menandro, Trindade & Almeida (2010), salienta que tal obra concebia a adolescência como um período crítico de crises e turbulências de ordem emocional, enfatizando aspectos biológicos relacionados ao desenvolvimento sexual do indivíduo. Resquícios de tais definições ainda podem ser encontrados em trabalhos atuais que discutem a temática.

Segundo Dell'aglio & Koller (2013), os critérios de classificação que delimitam e categorizam as idades entre os períodos da infância, adolescência e juventude se diferenciam de acordo com aspectos sociais, econômicos e institucionais. A Organização Mundial da Saúde (OMS) se refere à adolescência como o período entre os 10 e 19 anos; de acordo com a organização Internacional do Trabalho (OIT), a adolescência é delimitada dos 15 aos 19, ao passo que a juventude corresponde ao período entre 20 e 24 anos; a Organização das Nações Unidas (ONU) aponta que a adolescência corresponde ao período entre 15 e 24 anos, e o Estatuto da Criança e do adolescente (ECRIAD), de âmbito nacional, preconiza o conceito de maioridade do ponto de vista legal aos 18 anos.

No Brasil, o ECRIAD, Lei 8.069, de 1990, considera criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos e define a adolescência como a faixa etária de 12 a 18 anos de idade. Em casos específicos, o estatuto pode ser aplicado até os 21 anos de idade. Vale destacar que tais critérios possuem grande importância na formulação de políticas sociais direcionadas a este público.

Apesar da discussão anterior, dada a conceber e delimitar o período da adolescência, a perspectiva da psicologia sócio-histórica destaca um paradigma que enfatiza o período da adolescência e juventude que referencia um papel ativo ao adolescente ou jovem em sua realidade, ou seja, a construção de si e o contexto ao qual pertence assumindo uma concepção dialética (OZELLA, 2002). Neste trabalho, buscou-se preconizar a adolescência e juventude de acordo com tal abordagem, por abarcar o momento social, histórico e cultural que atravessa este período de desenvolvimento.

A Teoria das Representações Sociais tem seu foco duplamente direcionado, tanto para os contextos sociais que operam sobre os indivíduos quanto para a interação destes com a realidade que o circunda (SÁ, 1995). Ao se abordar um objeto vasto, disseminado e de relevância social, recorre-se a Teoria das Representações Sociais, inaugurada por Serge Moscovici em 1961, para condução do estudo proposto. A proposta de estudo das representações sociais envolve uma função de organização e orientação do mundo em que vivemos, sendo com frequência conceituada como *“Uma forma de conhecimento, socialmente elaborada e partilhada, com um objetivo prático, e que contribui para a construção de uma realidade comum a um conjunto social.”* (JODELET, 2001, p. 22).

A TRS procura estudar a relação entre os objetos sociais, os grupos que compartilham interesse e dos quais o objeto faz parte de sua prática, e sua circulação e disseminação nas redes de comunicação (ALMEIDA, 2005). Enfocando uma dimensão das representações sociais, o estereótipo pode ser entendido como um produto

de elementos cognitivos, afetivos e pragmáticos, sendo um conjunto de crenças que predizem características determinadas a certas categorias sociais. Pode estar relacionado também a crenças simbólicas de forma geral (TECHIO, 2011). De acordo com Arruda, Gonçalves e Mululo (2008, p. 504) os estereótipos:

Possuem uma função, ao garantirem uma economia cognitiva, porque simplificam a complexidade de informações a que somos submetidos, permitindo que sistematizemos nossas percepções e nos comuniquemos mais facilmente. Neste sentido, o estereótipo pode ser considerado uma forma reduzida de representação (ARRUDA, GONÇALVES & MULULO, 2008)

Portanto, a TRS é apresentada na tentativa de compreender quais processos estão envolvidos nas construções das representações sobre as meninas em conflito com a lei, almejando uma preocupação maior com o estudo das articulações entre as dimensões do social e do cultural nas construções do pensamento temático compartilhado (ALMEIDA, 2005). Salienta-se o estudo das meninas em conflito com a lei como objeto de interesse de um grupo social, como as jovens universitárias do curso de Direito de uma Universidade no Espírito Santo. Considera-se que o tema “adolescência em conflito com a lei” vem sendo amplamente discutido em mídias, jornais e redes sociais, e que sua proposta em uma perspectiva psicossocial e de gênero das adolescentes e do grupo explorado resgata a invisibilidade com que o tema vem sendo tratado (CONSTANTINO, 2001; HÜLLE, 2006).

1.1 Quem são as meninas em conflito com a lei?

O adolescente em conflito com a lei, segundo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE, 2013), é aquele caracterizado como responsável por ato infracional a quem é atribuído o cumprimento de medidas socioeducativas, ao passo que ao delimitar-se como categoria “adolescente”, segundo o ECRID, também seria aquele em risco pessoal e social a quem são garantidos direitos fundamentais (Espíndula & Santos, 2004).

Em levantamento realizado pelo SINASE no ano de 2013, foi constatado que de um total de 23.066 adolescentes e jovens (considerando as idades equivalentes de 12 a 21 anos) em cumprimento de medida socioeducativa (internação provisória, semiliberdade, internação), 22.683 eram do sexo masculino e 1.042 do sexo feminino. Tal panorama nos traz a questão do gênero relacionado ao ato infracional como proposta de estudo.

Ao se problematizar a adolescente envolvida com a criminalidade, nos deparamos com uma discussão relacionada aos estereótipos de gênero e sua relação com o ato infracional. Antes de qualquer consideração, é preciso entender a construção social do feminino na sociedade, que condiz com a imagem de passividade e submissão da mulher. A esta imagem, mulheres e meninas teriam suas imagens vinculadas ao contexto doméstico e ao protagonismo da dominação masculina, resultando-se

em sua invisibilidade social quanto ao gênero e quanto ao envolvimento com atos criminais (HÜLLE, 2006).

Os estudos de Constantino (2001) questionam as poucas pesquisas relacionando meninas e criminalidade, levantando o debate do papel secundário da mulher e da obviedade das justificativas pautadas em incidências menores nos casos do protagonismo do feminino no mundo do crime, além da falta de interesse público pelo tema. Outros fatores relevantes seriam aqueles relacionados à reprodução de padrões de controle social dos papéis dos sexos, principalmente a restrição da liberdade sob a justificativa da vulnerabilidade da mulher, revelando uma relação hierárquica entre os gêneros.

Cabe ressaltar que para além da temática de gênero, a relação entre adolescência e ato infracional ainda vem acompanhada de suposições quanto ao desenvolvimento do indivíduo. Aponta-se que os comportamentos antissociais podem estar relacionados ao ato infracional, sendo esses ligados ao ambiente social do adolescente. Neste contexto, os comportamentos antissociais estariam ligados a fatores de risco individuais como déficits cognitivos e transtornos de aprendizagem, que associados a práticas educativas ineficazes e fatores como a pobreza realizariam a manutenção desses comportamentos. Outros fatores de risco para a entrada no mundo do ato infracional apontados são a influência de terceiros, gênero, autoestima, vivências de violência e de experiências estressoras ao longo do desenvolvimento (DELL'AGLIO & NARDI, 2014).

Partindo de uma questão relacionada aos estereótipos de gênero e da adolescente em conflito com a lei, busca-se uma análise ampla. Pensa-se que para além dos papéis de gênero, exista um jogo imposto pelo imaginário social em que há uma oposição relacionada entre o que é esperado de um adolescente e de uma adolescente em conflito com a lei. Esta consideração revela possíveis construções de estereótipos destas meninas (HÜLLE, 2006). Além disso, busca-se explorar outros fatores que estejam associados às meninas e suas relações com a entrada na criminalidade.

2. Objetivos

2.1 Objetivo Geral

Conhecer e analisar as representações sociais de jovens universitárias do curso de direito sobre de meninas em conflito com a lei.

2.2 Objetivos específicos

Identificar as representações sociais sobre adolescentes em conflito com a lei; Identificar as representações sociais sobre meninas em conflito com a lei e identificar estereótipos e preconceitos relacionados a meninas em conflito com a lei.

3. Método

Pesquisa qualitativa descritiva-exploratória almejando compreender as representações sociais de jovens do sexo feminino para aprimoramento e familiaridade com o fenômeno estudado.

3.1 Participantes

Os participantes elegidos para este estudo foram os graduandos do segundo e sexto períodos matutinos do curso de direito da instituição. Cada turma selecionada possuía aproximadamente 50 alunos, sendo as jovens de 19 a 24 anos escolhidas para a pesquisa.

3.2 Local

O estudo foi realizado em uma universidade privada do município de Vila Velha – ES e a coleta dos dados foram realizadas nas salas de aula dos períodos selecionados.

3.3 Procedimentos

3.3.1 Instrumento

O instrumento desenvolvido para a coleta trata-se de um questionário estruturado com questões abertas focalizando os seguintes núcleos de informação: ato cometido e suas motivações, características gerais e ocupação do(a) adolescente, justificativa em relação às atitudes do(a) adolescente e experiências com fatos envolvendo adolescentes em conflito com a lei. A utilização desse instrumento objetivou alcançar o imaginário social das alunas do curso de Direito sobre as meninas em conflito com a lei, reconhecendo esse objeto como de suma importância para o estudo e prática dos futuros profissionais desta área.

3.3.2 Coleta de dados

Foi realizado contato prévio com a instituição através da coordenação do curso a fim de se obter autorização para coleta de dados. Após a confirmação, foram selecionados os alunos e alunas do segundo e sexto períodos do turno matutino para participação nesse estudo. A escolha das turmas ocorreu a partir da disponibilidade e conveniência para a coleta de dados. No momento da coleta, as pesquisadoras se apresentaram e explicaram os objetivos da pesquisa bem como esclareceram algumas dúvidas dos participantes. Ressaltou-se que a participação seria voluntária e que o anonimato seria preservado uma vez que o questionário não solicitava a identificação do participante, e que os dados obtidos seriam utilizados para fins acadêmicos. As pesquisadoras aplicaram os questionários com a coleta de duração de aproximadamente meia hora.

Ao finalizar esta etapa, foram selecionados 15 questionários das jovens alu-

nas que contemplavam a faixa etária entre 19 e 24 anos. Os questionários respondidos pelos demais não foram utilizados de forma a contemplar o objetivo da pesquisa.

3.3.3 Procedimento de análise

Os dados foram submetidos à análise de conteúdo temática proposta por Bardin (2007). A unidade de registro escolhida foi o tema, sendo a unidade de contexto o questionário aplicado. Como índice ou indicador utilizou-se a frequência, realizando a categorização a posteriori.

4. Resultados e Discussão

Diante dos dados coletados a partir dos questionários aplicados, pode-se perceber que houve uma predominância quanto ao que é compartilhado pelo grupo de jovens do sexo feminino do curso de direito. A construção das categorias temáticas foi realizada a partir da frequência das respostas dos questionários. Os dados que tiveram maior frequência por categoria foram agrupados de forma a compor categorias mais específicas. Os núcleos de informação que convergiam e eram compartilhados foram selecionados para a discussão.

4.1 Adolescência em conflito com a lei: criminalização da pobreza e questões raciais

Nesta categoria estão inseridas as respostas das jovens universitárias em que se pode verificar descrições de representações associadas à persistência da pobreza e da desigualdade social como fatores significativos para o envolvimento de adolescentes com a criminalidade, além de estereótipos relacionando a negritude a uma condição social de pobreza. As jovens ainda representam o local de moradia destes(as) adolescentes como favelas, morros, cidades e bairros periféricos da grande Vitória. De acordo com as universitárias o adolescente em conflito com a lei caracteriza-se com: *“Ele é negro e pobre, vive na favela e se mete com drogados”* e *“Jovem, de classe média-baixa, do sexo masculino, provavelmente afrodescendente, com nível de escolaridade baixo”*.

Tais ideias encontram-se ancoradas a desqualificação de negros e pobres na história do colonialismo brasileiro. Estas ideias foram pautadas, através do tempo, em concepções de saberes especialistas, como por exemplo, a medicina social de Lombroso, que predizia fatores genéticos e atributos físicos a psicopatologias e perfis criminosos (NASCIMENTO, CUNHA & VICENTE, 2007; PIZA, 2005). Aos negros e pobres, ao longo do tempo, foi atribuída à desvalorização de sua raça e condição, favorecendo a posição de privilégio de brancos e ricos. A pobreza foi qualificada como *“(...) perigosa, desestruturada, incompetente, fracassada, delinqüente, dentre outros atributos de inferioridade...”* (NASCIMENTO, CUNHA & VICENTE, 2007, p.)

As respostas citadas ainda referem-se representações relacionadas à imagem do(a) adolescente em conflito com a lei, apontando diferenças e características e assemelhando esses a classes subalternas e marginalizadas. A condição de pobreza parece

significar para as universitárias um sinônimo de propensão à criminalidade. Toledo (2010) discute que o fenômeno da violência urbana associado à dinâmica econômica-social a qual esses adolescentes pertencem constituem uma representação social que remete a pobreza, a negritude e ao crime, representação essa que vêm afirmando uma estigmatização do ser jovem morador da periferia sob o olhar do Estado e da sociedade. Essas ideias remetem ao adolescente em conflito com a lei como aquele que é *“adolescente, de família humilde, bairro periférico, sem estudo, sem base familiar” e “agressivo, destemido, violento e desacreditado da vida.”*

Explorando ainda o estereótipo atribuído ao adolescente em conflito com a lei, observou-se que este se dá através de categorizações que *“(...) constrói julgamentos sociais sobre esse grupo, que são baseados em teorias e crenças de que determinadas características atribuídas ao grupo são inerente a eles.”* (FRANÇA, 2011, p.140).

4.2 Problemas familiares e o envolvimento com a criminalidade

O conteúdo da discussão desta categoria perpassa a negligência e a desresponsabilização familiar como elemento determinante ao envolvimento do(a) adolescente com a criminalidade. Fatores de risco, presentes no contexto familiar, são apontados pelas jovens universitárias como justificativas para que o(a) adolescente busque na criminalidade as lacunas deixadas pela formação familiar. Podem-se verificar tais concepções nas seguintes respostas: *“Pela falta da base familiar, estrutura, talvez porque o pai é alcoolatra, a mãe até tenta dar amor mais o filho não quer saber”, “Por que cresceu em um lar conturbado, desestruturado” e “Por que o meio em que ela vive a induziu a ser assim, por influência dos pais...”*

A família é representada como um contexto ameaçador ao adolescente, tornando-o vulnerável e exposto ao crime. Nardi (2010) indica que falhas nos relacionamentos familiares empobrecidos podem levar o jovem a buscar referências em um grupo ao qual se identifica e que, muitas vezes, são grupos que fazem consumo de drogas e possuem envolvimento com a criminalidade.

Em um estudo realizado por Nardi e Dell’aglio (2012) sobre a percepção de adolescentes em conflito com a lei sobre família, as autoras inferem que a presença de conflitos familiares relacionados a brigas e agressividade entre os pais, alcoolismo e um ambiente pouco afetuosos são percebidos como fatores de risco para o desenvolvimento do adolescente. Entretanto, bons relacionamentos familiares demonstram satisfatório desempenho escolar bem como maiores índices de autoestima e autoconfiança nos adolescentes.

Isso significa que, para as jovens universitárias, a estrutura familiar é representada como um potencial fator de risco em função de situações relacionadas a contextos de pobreza e dinâmicas familiares fragilizadas. A realidade da família destes adolescentes é evidenciada pela ausência de figuras representativas, que negligenciam valores e limites ao adolescente. Para as jovens, a família é percebida como uma instituição que possui o papel de maior controle sobre o adolescente, e que as relações que ela estabelece e suas características serão determinantes no envolvimento com a criminalidade.

4.3 Crimes e gênero

A partir dos resultados foi possível observar que, no relato das experiências envolvendo meninos e meninas em conflito com a lei, os tipos de atos infracionais aparecem de forma peculiar, ou os atos nem sempre se tratam de fato de um ato infracional, como é o caso das meninas.

Nos meninos, é possível observar a influência de mídias sociais sobre a sua representação social. Destaca-se aqui a compreensão de que as representações sociais são um saber compartilhado por grupos sociais, sendo a mídia responsável, muitas vezes, pela significação e disseminação de certos objetos sociais, como os adolescentes em conflito com a lei. Tal influência exerce embate direto sobre a realidade social, interferindo ainda nas práticas sociais dos indivíduos, a partir do momento que as notícias encontram-se impregnadas por julgamentos de valores e proposição de verdades (BEZERRA, 2006; ESPÍNDULA, ARANZEDO, TRINDADE, MENANDRO, BERTOLLO & RÖLKE, 2006; NASCIMENTO, HOWAT-RODRIGUES, ROSA & POMPEU, 2012). *“Diversas vezes, vemos na televisão e em jornais assaltos e homicídios cometidos por adolescentes que moram em periferias que não estudam e nem trabalham e que são capazes de praticar atos de extrema violência em busca de uma vida mais fácil sem mediar as consequências.”*

Quando abordada a questão dos atos infracionais da figura feminina, observam-se questões relacionadas ao gênero, com a menção a atos como aborto, prostituição e crimes passionais. A menção de atos que não se configuram como ato infracional, no entanto, também fazem parte de ideias que compõem o feminino. Tais ideias encontram-se ancoradas ao universo feminino, verificando que as mulheres aparecem como as protagonistas dos espaços privados/ domésticos e a estes espaços estão incluídas as relações familiares e amorosas que envolvem a sexualidade reprodutora da mulher, bem como as funções de cuidado do lar e dos filhos. Outra questão importante é quanto aos papéis estereotípicos de gênero, em que a ausência da menção da mulher no mundo do crime corrobora com uma imagem pacífica, passiva, frágil e impotente, reservada à condição feminina (ANDRADE, 2005). *“Ouvi falar de meninas que engravidam, por inconsequência, falta de cuidado”, “A garota era abusada pelo padrasto e a mãe sabia, quando a filha engravidou, a mãe a obrigou a matar o feto para omitir o que o marido tinha feito” e “Todas que conheço tiveram o filho”.*

4.4. As meninas em conflito com a lei

De acordo com a compreensão das jovens universitárias, as meninas em conflito com a lei estão representadas através de concepções relacionadas aos estereótipos do gênero feminino. A adolescente em conflito com a lei é aquela que, apesar da possibilidade de cometer atos infracionais, os realiza em contextos específicos e sob justificativas vinculadas ao âmbito doméstico. Para tal discussão, é necessário pensar no gênero como categoria de análise, entendendo que às mulheres foi atribuído o papel do sexo fragilizado. Sendo assim, alguns exemplos dos atos infracionais e justificativas citadas pelas jovens ilustram este cenário: *“Pela falta de oportunidades, elou o*

filho não for desejado, e as vezes por não desejar que o filho tenha a mesma vida que ela leva.” e “Prostituição, lembrando que não é considerado crime nem ato infracional, mas penso que a menina teria feito isso.”

A dicotomia masculino-feminino postulou assimetrias de poder em relação ao gênero, configurando o sexo feminino como aquele submisso, fraco, passivo em detrimento do sexo masculino, dominador, ativo e forte. Nesse contexto, os homens foram vinculados aos espaços públicos enquanto as mulheres foram destinados os espaços domésticos. (ANDRADE, 2005; NARVAZ & KOLLER, 2006). Segundo HÜLLE (2006, p.25.) *“As mulheres possuem uma história marcada pela submissão, pela criação voltada para o casamento, para a dependência, para a maternidade e para os afazeres domésticos”*. Estas representações estão presentes nas falas: *“Cuida da casa e dos filhos”, “Precisava se alimentar e alimentar seu filho” e “Pela falta de oportunidades, el ou o filho não for desejado, e as vezes por não desejar que o filho tenha a mesma vida que ela leva.”* Além desta condição, a ideologia da dominação masculina aparece como responsável pelo controle da sexualidade feminina. *“Engravidou e foi abandonada, o pai da criança mandou tirar (sic), seus pais a expulsariam de casa.”*

Outro fator relevante nas respostas das jovens universitárias foi quanto ao papel intrínseco de vítima da mulher. Devido a uma suposta fragilidade, a menina em conflito com a lei é marcada por violências sofridas desde a infância. Essas violências são apontadas pelas jovens como justificativas da inserção das adolescentes na criminalidade. Estas ideias estão associadas às proposições de que o envolvimento no mundo do crime se dá: *“Devido a infância que teve, aos 6 até os 19 seu pai a estuprava”, “Traumas na infância, foi violentada” e “Passou por agressões quando pequena, preconceito na escola e dificuldades na família.”*

Pode-se verificar ainda, a partir destes resultados, que há uma representação feminina em que mulheres não são protagonistas de suas vidas e não possuem autonomia para atos considerados parte do universo masculino, como é o mundo do crime. Em estudos realizados por HÜLLE (2006) e CONSTANTINO (2001) foi discutida a invisibilidade feminina na atuação da criminalidade

Pouco se tem falado sobre as mulheres quando o assunto é autoria de criminalidade. O estudo da delinquência feminina é pouco explorado pelos trabalhos científicos, o que reflete o descaso com a situação, a não valorização da manifestação social das mulheres e a discriminação. Soma-se a isso o reduzido número, se comparado ao índice entre os homens, de criminalidade feminina que reforça o desinteresse pelo tema.” (HÜLLE, 2006, p. 24).

A falta de protagonismo das meninas em conflito com a lei está representada pelas seguintes falas: *“Influências de outras pessoas” e “Porque o seu companheiro pertence a esse meio”*.

5. Considerações Finais

O presente estudo se propôs a identificar e analisar as representações sociais de jovens estudantes de direito de uma universidade privada, através da coleta de dados a partir de questionários abertos. Pôde-se observar que, para esse grupo, a evocação do termo adolescente em conflito com a lei remete ao sexo masculino, negro, pobre e morador de locais periféricos, formando assim uma representação deste grupo. As representações destes adolescentes estão ancoradas a ideia de criminalização da pobreza e a questões raciais.

Os resultados observados para as adolescentes em conflito com a lei estão associados à representação do papel de gênero feminino, demonstrando estereótipos relacionados ao que é ser mulher em nossa sociedade. Foi verificado que fatores como pobreza e raça também predominam o imaginário do grupo sobre essas adolescentes.

Torna-se relevante destacar que as universitárias reproduzem a imagem do adolescente em conflito com a lei de forma negativa, de acordo com aquela disseminada pelas mídias sociais, pautando suas percepções em concepções estereotipadas que vinculam a pobreza, a raça, as questões de defasagem familiares e educacionais como motivações e justificativas para a inserção destes adolescentes no mundo do crime. Considerando que as representações sociais orientam e justificam as práticas dos indivíduos, conclui-se que as representações das jovens universitárias podem direcionar a práticas relativizadas de acordo com a forma como o profissional percebe o adolescente em conflito com a lei.

É necessário destacar ainda que esse estudo contribui com discussão de temas relacionados ao feminino e a criminalidade, salientando o baixo número de produções e estudos sobre o tema, especificamente no que tange o período da adolescência, ocasionando uma reflexão rasa sobre as temáticas que envolvem o universo da adolescente em conflito com a lei.

Houve também uma limitação na identificação das dimensões das representações sociais, visto que não se pretendia contemplar todos os elementos que as compõem. Este estudo possui a intenção ser uma contribuição para o campo da teoria das representações sociais ao se discutir os processos que abarcam o imaginário das jovens. Neste sentido, se faz necessário explorar tal temática de maneira que se contribua tanto na produção do conhecimento da realidade desta população quanto para a prática dos profissionais que lidam com esse grupo social.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, A. M. O. A pesquisa em representações sociais: proposições teórico-metodológicas. In: M. F. S. Santos & L. M. Almeida. Diálogos com a Teoria das Representações Sociais p. 117-160. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2005.

ANDRADE, V. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Revista Sequência, n. 50, p.71-102, Santa Catarina, 2005.

BARDIN, L. Análise de conteúdo. Lisboa: Edições 70, 2007.

BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e legislação correlata (11nd ed.). Brasília: Câmara dos deputados, Edições Câmara, 2014.

BEZERRA, S. A construção da identidade da juventude na adversidade: representações sociais de adolescentes em conflito com a lei. Tese de Doutorado. Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, 2006.

BRASIL. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília-DF, 2013.

CONSTANTINO, P. Entre as escolhas e os riscos possíveis – A inserção das jovens no tráfico de drogas. Dissertação de Mestrado em Ciências na Área de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, RJ, 2001.

DELL'AGLIO, D. D.; KOLLER, S. H. Adolescência e Juventude: vulnerabilidade e contextos de proteção. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2011.

_____. & NARDI, F.L. Trajetórias de adolescentes em conflito com a lei após cumprimento de medida socioeducativa em meio fechado. *Psico* 45 (4), pp.541-550. Porto Alegre, RS, 2014.

ESPÍNDULA, D.H.P. & SANTOS, M.F.S. Representações sociais sobre adolescência a partir da ótica dos educadores sociais de adolescentes em conflito com a lei. *Psicologia em Estudo* 9 (3), p. 357-367. Maringá, 2004.

ESPÍNDULA, D.D.P., ARANZEDO, A.C., TRINDADE, Z.A., MENANDRO, M. C.S., BERTOLLO, M & RÖLKE, R.K. “Perigoso e violento”: representações sociais de adolescentes em conflito com a lei em material jornalístico. *PSIC* 7(2), 11-20, 2006.

FRANÇA, D.X. Concepções sobre o próprio e outro grupo: Um estudo sobre estereótipos em crianças índias, mulatas, negras e brancas. In: Techio, E.M & Lima, M.E.O. (Orgs.), *Cultura e produção das diferenças: Estereótipos e preconceitos*. (p. 137-170). Brasília: Technopolitik, 2011.

HÜLLE, L.O. Meninas em conflito com a lei com a esperança: as estrelas sem guia. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória- ES, 2006.

JODELET, D. Representações sociais: um domínio em expansão. *As representações sociais*, 17-44, 2001.

MENANDRO, M. C. S.; TRINDADE, Z. A.; ALMEIDA, A. M. O. Representações sociais da adolescência/juventude a partir de textos jornalísticos (1968-1974 e 1996-2002). *Arquivos Brasileiros de Psicologia*, v. 55, n. 1, p. 42-55, 2003

NARDI, F.L. (2010). Adolescentes em conflito com a lei: percepções sobre família,

ato infracional e medida socioeducativa. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2010.

_____, & DELL'AGLIO, D. D. (2012). Adolescentes em conflito com a lei: percepções sobre a família. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, 28(2), 181-192.

NASCIMENTO, M. L., CUNHA, F. B., & VICENTE, L. M. D. A desqualificação da família pobre como prática de criminalização da pobreza. *Psicologia e Política*, 14(7), 2007.

NASCIMENTO, D. B. & HOWAT-RODRIGUES, A. B. C., ROSA, E. M., POMPEU, J. C. Adolescente em conflito com a lei: Representações, motivações e punições. *Psicologia Argumento*, Curitiba, 30 (70), 453-461, 2012.

OZELLA, S. Adolescência: uma perspectiva crítica. In: Contini, M.L.J., Koller, S. & Barros, M.N.S. *Adolescência e Psicologia: Concepções, práticas e reflexões críticas*, p. 16-24, 2002. Rio de Janeiro: Conselho Federal de Psicologia.

PIZA, Edith. Adolescência e racismo: uma breve reflexão. In *Proceedings of the 1th: Simpósio internacional do adolescente*, 2005, São Paulo.

SÁ, C. P. Representações Sociais: o conceito e o estado atual da teoria. In: Spink, M. J. (org.). *O conhecimento no cotidiano*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

TECHIO, E.M. (2011). Estereótipos sociais como preditores das relações grupais. In: Techio, E.M & Lima, M.E.O. (Orgs.), *Cultura e produção das diferenças: Estereótipos e preconceitos*. p. 21-76, 2011. Brasília: Technopolitik.

TOLEDO, B.A.S. Alargando as margens: um estudo sobre processos de resiliência em adolescentes em conflito com a lei. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, ES, 2010.

TRINDADE, Z. A., SANTOS, M. F. S. & ALMEIDA A. M. O. Ancoragem: notas sobre consensos e dissensos. In: Almeida A. M. O., Santos, M. F. S. & Trindade, Z. A (orgs.) *Teoria das Representações Sociais: 50 anos*, p. 101-122. Brasília: Technopolitik, 2011.

A PRISÃO DOMICILIAR APÓS A LEI Nº 13.257 DE 8 DE MARÇO DE 2016 E O ESTIGMA DO ESPAÇO RESERVADO À MULHER

Renata Bravo dos Santos¹

Cristina Grobério Pazó²

RESUMO: O presente artigo busca analisar como o Legislador brasileiro reforça os papéis socialmente construídos e impostos às mulheres, especialmente o de mãe. Para tanto, será analisado o instituto da prisão domiciliar, previsto no artigo 318 do Código de Processo Penal, cuja redação teve alterações com a publicação da Lei nº 13.257 de 8 de março de 2016, identificando-se a desigualdade no tratamento dispensado aos homens e às mulheres que estão inseridos no sistema prisional brasileiro e que possuem filhos.

Palavras-chave: Prisão domiciliar. Tratamento desigual para homens e mulheres. Papéis da mulher.

ABSTRACT: This article aims to analyze how the Brazilian legislator reinforces the roles socially constructed and imposed to women, especially the mother. Therefore, it will be analyzed the institution of house arrest under Article 318 of the Criminal Procedure Code, whose wording had changes with the publication of Law No. 13,257 of March 8th, 2016, identifying the unequal treatment of men and women who are included in the Brazilian prison system and have children.

Keywords: Prison household. Unequal treatment of men and women. Women roles.

1. Introdução

Em 8 de março de 2016, data em que se comemora o Dia Internacional da Mulher, foi publicada a Lei nº 13.257 que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância, trazendo diversas alterações em normas espalhadas no ordenamento jurídico brasileiro, como, a título de exemplo, a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho, bem como o Decreto-Lei nº 3.689/1941 (Código de Processo Penal).

Buscou-se, então, adequar o ordenamento jurídico pátrio aos anseios para

¹ Mestranda do programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Assessora Jurídica no Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Brasil. E-mail: rbravasantos@gmail.com

² Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada. Professora da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Brasil. E-mail: crispazo@uol.com.br

que o desenvolvimento infantil, especialmente nos primeiros anos de vida, seja adequado e construa um desenvolvimento do ser humano de maneira ideal para uma sociedade mais justa, igualitária e livre, sendo estes uns dos objetivos da República Federativa do Brasil, expressamente determinado no artigo 3º, inciso I da Constituição.

Nesse sentido, não se olvida a importância da Lei nº 13.257/06, especialmente porque a Constituição de 1988 prevê expressamente um capítulo para tratar da criança e do adolescente. Ocorre que o que se pretende analisar no presente trabalho é a forma como o legislador reproduz um estigma e um papel imposto à mulher, ainda que de forma indireta e com vistas a melhorar a situação de outros grupos vulneráveis na sociedade brasileira, como é o caso das crianças.

No caso da Lei nº 13.257/06 que alterou, dentre outros dispositivos, o artigo 318 do Código de Processo Penal que trata da prisão domiciliar, o fez de forma diferente para homens e mulheres que possuem filhos. Essa diferenciação demonstra, por ora, que a mulher é vista como a cuidadora e responsável pelo filho sempre; já o homem não é visto pela sociedade como responsável pela criação dos filhos, assim, enquanto preso provisório, esse homem somente irá para o ambiente doméstico se nenhuma outra pessoa estiver exercendo o papel de cuidar do filho.

Desta feita, a esfera pública é destinada ao homem, enquanto a esfera privada é destinada à mulher, sendo o espaço no qual ela deve cumprir com os seus deveres sexuais a fim de reproduzir, ser mãe e esposa dedicada que cuida do lar, do marido e dos filhos.

Essa diferenciação no tratamento entre homens e mulheres, com o reforço do papel de mãe imposto à mulher, por parte do Legislador brasileiro pode ser explicado, de certa forma, pela composição do Congresso Nacional, vez que, consoante dados levantados a partir das últimas eleições para Deputados Estaduais, apenas 9,9% dos deputados federais são mulheres (BRASIL, 2014). Isso aponta para a necessidade de alteração na cultura do país, no pensamento e no imaginário dos legisladores, que são, na esmagadora maioria, homens.

Necessário trazer o debate acerca do público e do privado para a teoria política, vez que, conforme aponta Susan Moller Okin, os conceitos de esfera pública e esfera privada são tratados pela maioria dos pensadores políticos sem qualquer problematização (OKIN, 2008, p. 305). Em que pese esse tratamento pela teoria política de tais conceitos como naturais e imunes a maiores questionamentos, imprescindível assumir essas problematizações e lançar luz às mesmas, pois “A proteção total [ao indivíduo], a sua pessoa e propriedade, ainda não é oferecida pela lei a muitas mulheres, para quem o lar, com toda sua privacidade, pode ser o mais perigoso dos lugares.” (OKIN, 2008, p. 322).

Buscar-se-á, portanto, no presente trabalho, compreender como o legislador brasileiro se vale do sistema penal e, por meio da Lei nº 13.257/06, especialmente com a alteração do artigo 318 do Código de Processo Penal que trata da prisão domiciliar, reforça o estigma da mulher enquanto mãe e pertencente ao espaço doméstico.

2. A construção do papel da mulher mãe na história

Simone de Beauvoir, na sua mais conhecida obra “O Segundo Sexo” (1949), analisou vários papéis que a mulher desempenhava, merecendo destaque o papel de mãe, ou seja, espera-se da mulher que ela se case e, conseqüentemente, que se torne mãe, como se isso fosse algo muito natural e inerente de toda mulher. Fala-se muito sem qualquer reflexão crítica, inclusive, que a mulher tem o dom de ser mãe, que ela possui o famoso “instinto materno”. Ocorre que é sabido que tudo isso não passa de uma construção cultural e social para que a mulher permaneça sempre nesse status de mulher casada e mãe.

Nesse sentido, ilustrando a ausência de instinto materno que Beauvoir defendeu, tem-se o que segue: “Todos esses exemplos bastam para mostrar que não existe “instinto” materno: a palavra não se aplica em nenhum caso à espécie humana. A atitude da mãe é definida pelo conjunto de sua situação e pela maneira por que a assume. É, como se acaba de ver, extremamente variável.” (BEAUVOIR, 2009, p. 679). Um desses exemplos a que Simone de Beauvoir faz referência merece destaque:

A razão de sua existência está em seu ventre e dá-lhes uma impressão perfeita de plenitude. “É como um pequeno aquecedor no inverno, sempre aceso e que só existe para você, inteiramente submetido à sua vontade. É também uma ducha fresca, escorrendo sem cessar durante o verão. Está ali”, diz uma mulher citada por H. Deutsch. Satisfeita, a mulher conhece também o prazer de se sentir “interessante”, o que constituiu seu maior desejo desde a adolescência; como esposa, sofria com sua dependência em relação ao homem; agora não é mais um objeto sexual, uma serva; encarna a espécie, é promessa de vida, de eternidade; os que a cercam, respeitam-na; até seus caprichos tornam-se sagrados (...). (BEAUVOIR, 2009, p. 668).

Poder-se-ia acreditar que a análise apresentada por Beauvoir na década de 40 estaria superada, com a paridade de condições e oportunidades entre homens e mulheres, sem que o espaço privado e a imanência continuassem reservados à mulher, bem como o espaço público e a ação permanecessem reservados ao homem. Todavia, infelizmente, a situação parece não ter se alterado de forma muito significativa, razão pela qual “(...) a condição da mulher terá de ser examinada através dos quatro papéis sociais fundamentais por ela desempenhados, ou seja, suas funções no domínio da *produção*, da *sexualidade*, da *reprodução* e da *socialização* da geração imatura.” (SAFFIOTI, 1973, p. 130).

Imperioso deixar cristalino o entendimento de que as mulheres são criadas cultural e socialmente para serem cuidadas com o outro, para permanecerem no espaço doméstico, sendo-lhes retirada a possibilidade de participar de forma igualitária com os homens no espaço público. Assim, nada é natural, mas sim construído socialmente. Em razão disso é fundamental analisar essas questões a partir da leitura do patriarcado:

Uma das vantagens da abordagem do patriarcado através da

história do contrato sexual é mostrar que a sociedade civil, inclusive a economia capitalista, tem uma estrutura patriarcal. As aptidões que permitem aos homens, mas não às mulheres, serem “trabalhadores” são as mesmas capacidades masculinas exigidas para se ser “indivíduo”, um marido e um chefe de família. (PATEMAN, 1993, p. 63)

Destarte, será analisado a seguir como o Poder Legislativo brasileiro, aliado ao sistema penal-carcerário, contribui para reforçar o papel reservado à mulher no espaço doméstico, especialmente no tocante às pessoas presas preventivamente que possuem filhos menores de doze anos de idade que têm direito à substituição de tal prisão por segregação doméstica.

3. O reforço do espaço doméstico reservado à mulher pelo legislador brasileiro a partir da análise da prisão domiciliar disciplinada pela Lei nº 13.257 de 8 de março de 2016

Susan Moller Okin lança luz à problemática da separação entre as esferas pública e privada, ressaltando que a maioria das análises da teoria política não percebe qualquer problematização entre as referidas esferas (OKIN, 2008). Ocorre que essa problematização é fundamental, eis que a construção social dos papéis da mulher e do homem perpassam pela separação entre público e privado, competindo ao homem ocupar a esfera pública, enquanto que cabe à mulher apenas a permanência na esfera privada das relações sociais.

Quando se analisam espaços públicos e privados, necessário voltar os olhos ao sistema prisional-penal que é masculino, androcêntrico em sua essência, feito por homens para prender homens. Nesse ponto, Vera Regina Pereira de Andrade indica que o sistema de justiça criminal, além de androcêntrico, é residual ao controle social informal, uma vez que funciona como um mecanismo de controle público essencialmente dirigido aos homens que exercem seus papéis masculinos na esfera pública, sendo a pena esse instrumento de controle. E, de outro lado, com relação às mulheres, o controle se dá, essencialmente, de forma informal por meio da família, escola, religião e a moral, sendo a violência doméstica uma forma de pena privada que seria equivalente à pena pública aplicada ao homem (ANDRADE, 2005, p. 87-88).

Assim, quando a mulher passa a fazer parte desse sistema de justiça criminal, ela é percebida como uma estranha àquele ambiente, eis que violou todos os papéis a ela destinados pela sociedade, especialmente aqueles de esposa e de mãe, de cuidadora do lar e protetora da família. Mais uma vez se torna imperioso utilizar os ensinamentos de Vera Regina Pereira de Andrade:

A esfera pública [...] tem seu protagonismo reservado ao ‘homem’ enquanto sujeito produtivo, mas não a qualquer ‘homem’. A estereotípia correspondente para o desempenho deste papel [...] é simbolizada no homem racional-forte-potente-guerreiro-viril-público-possuidor. [...]

A esfera privada [...] tem seu protagonismo reservado à mulher, com o aprisionamento de sua sexualidade na função reprodutora e de seu trabalho no cuidado do lar e dos filhos. É precisamente este [...] o eixo da dominação patriarcal. (2014, p. 141)

Nesse ponto, analisando o espaço carcerário, o sistema penal e a quem pertence esse espaço e como o sistema penal enxerga as mulheres, ressalta-se “A prisão como espaço particular da ‘casa-dos-homens’, ou seja, esse lugar múltiplo e plural em que, ao abrigo do olhar das mulheres, se constrói, se gera e se regenera o masculino, seus atributos e seus privilégios de gênero (...)” (WELZER-LANG, 2004, p. 117) e, ainda, registra-se “*La tarea de reeducación y resocialización tiene por fin lograr un comportamiento dócil, pasivo y dependiente y, para eso, las mujeres han sido ya muy bien entrenadas.*” (SPAVENTA, 2002, p. 221). Destarte, se as mulheres praticam condutas ilícitas, violando as normas sociais femininas de esposa, mãe, cuidado do lar, o sistema penal servirá para readequar essas mulheres aos seus papéis construídos socialmente.

Essa situação demonstra que, no que tange ao encarceramento da mulher ao âmbito privado, “O estabelecimento pode ter variado do convento ao presídio, para o manicômio ou casa de saúde. Mas a lógica de encarceramento ‘da indesejável’ é a mesma.” (MENDES, 2014, p. 23). Nesse ponto, Soraia da Rosa Mendes, utilizando a leitura de Vera Regina Pereira de Andrade, aponta que “(...) não há uma ruptura entre relações familiares, trabalhistas ou profissionais e relações sociais em geral, que violentam e discriminam a mulher, e o sistema penal, que deveria protegê-la contra esse domínio e opressão.” (MENDES, 2014, p. 63).

Com relação às esferas privada e pública, e adentrando na análise específica do presente artigo, destaca-se que, em 8 de março de 2016, foi promulgada a Lei nº 13.257, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e ocasionou alterações em diversos dispositivos em todo o ordenamento jurídico brasileiro. No presente trabalho, como já mencionado, será analisada apenas a alteração que a referida lei trouxe para o Código de Processo Penal, em especial o artigo 318 que trata da possibilidade de substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar, desde que preenchidos alguns requisitos pela pessoa segregada cautelarmente.

A prisão domiciliar é cabível quando a pessoa está presa preventivamente, todavia preenche alguns requisitos estabelecidos no artigo 318 do Código de Processo Penal, sendo a segregação no espaço doméstico mais benéfica para a pessoa acautelada pelo Estado, eis que a prisão no sistema carcerário tradicional não é o tratamento mais adequado.

A nova redação do artigo 318 do Código de Processo Penal a partir da Lei nº 13.257/06 é a que segue:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor

de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
 IV - gestante;
 V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
 VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (BRASIL, 1941).

Da simples leitura do referido dispositivo legal é possível constatar a diferença de tratamento para a mulher presa que possui filhos e para o homem preso que também possui filhos. Assim, a alteração dada pela Lei nº 13.257/06 fez com que fosse possível que a mulher que está cumprindo pena preventiva possa ter a segregação substituída por prisão domiciliar caso tenha filhos menores de doze anos e, por outro lado, para o homem que está cumprindo prisão preventiva, a substituição por prisão domiciliar no caso de o mesmo ter filho menor de doze anos fica condicionada ao fato de ele ser o único responsável pelos cuidados do filho.

Como já afirmado anteriormente no presente artigo, não se pretende afastar a importância da Lei nº 13.257/06, especialmente porque a Constituição de 1988 prevê expressamente um capítulo para tratar da criança e do adolescente, merecendo destaque a redação do artigo 227, que assim dispõe em seu *caput*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Todavia, é imprescindível destacar que, ao mesmo tempo em que se buscou dar efetividade à norma constitucional prevista no artigo 227 referente aos cuidados necessários às crianças, violou-se o direito fundamental e humano da igualdade entre homens e mulher, igualmente previsto na Carta Constitucional de 1988, em seu artigo 5º, *caput* e inciso I.

Destaca-se que na justificativa do Projeto de lei n. 6998/2013 (que originou a Lei n. 13.257 de 8 de março de 2016), os proponentes foram claros em reconhecer o papel da mulher no cuidado dos filhos, destacando como

“(...) primeiro argumento [...] o trabalho extradomiciliar da mulher. [...] No início da Revolução Industrial, com a absorção de mulheres na força de trabalho, as crianças ficaram desamparadas e precisavam de um lugar de proteção, cuidados e educação durante as longas horas de ausência de sua mãe.” (BRASIL, 2013, p. 9-10)

Ora, entendeu o legislador que a entrada da mulher no mercado de trabalho

formal contribuiu para o desamparo das crianças, eis que essa mulher não mais poderia ficar reclusa no lar para cuidar da prole, enquanto o marido saía para trabalhar. E vão mais longe ainda os proponentes do PL 6998/2013 ao assumirem que essa justificativa ainda é válida nos dias atuais, eis que “A família nuclear e, muitas vezes monoparental, concomitante com a cada vez maior inserção da mulher nos vários campos da atividade econômica, social, cultural e política, carece do apoio do Estado para auxiliá-la no cuidado e educação de seus filhos pequenos.” (BRASIL, 2013, p. 10).

A justificativa para o Projeto de Lei referido continua na linha do reconhecimento de que, em 2011, 37,4% dos lares eram chefiados por mulheres e de que a maior parte dessas mulheres possui filhos. E concluem essa parte da justificativa destacando que “(...) a atenção à criança pequena é um direito dela, mas também um direito de seus pais ou responsáveis.” (BRASIL, 2013, p. 10).

Essa justificativa apresentada é contraditória, eis que, de um lado, entende como prejudicial às crianças a entrada nas mulheres no mercado de trabalho, por ficarem fora dos lares por períodos significativos, não dando a devida atenção aos filhos e, de outro lado, reconhecem que cada vez mais essas mulheres estão inseridas no mercado de trabalho, mas elas possuem o “direito” de darem atenção às crianças.

O tratamento mais adequado para a possibilidade de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar quando o preso provisório possui filhos de até doze anos incompletos seria que todos, homens e mulheres, tivessem direito a tal conversão. Assim, o inciso VI deveria desaparecer, existindo apenas o inciso V do artigo 318 abarcando homens e mulheres, com a seguinte redação: V – pessoa com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Nesse ponto, importante ressaltar uma questão que deve ser refletida no que diz respeito à criação de leis de forma desigual a fim de alcançar a igualdade entre homens e mulheres, vale dizer, é cediço que deve ser dado tratamento desigual para os diferentes grupos que estão em condições díspares a fim de alcançar a igualdade material.

Assim, seria realmente válido que o artigo 318 do Código de Processo Penal desse tratamento igual para homens e mulheres encarceradas que possuem filhos menores de doze anos? Saffioti registrou em um dos seus estudos que “Socialmente fragilizadas pelas brutais discriminações praticadas contra elas, necessitam ser protegidas por uma legislação particular” e indaga se “(...) deveriam as leis ser iguais para homens e mulheres, quando se sabe que estas últimas sofrem as mais vexatórias discriminações” (SAFFIOTI, 1987, p. 78-79).

No caso em análise, acredita-se que a resposta para essa problematização realmente é a de dar tratamento igual para homens e mulheres encarcerados que possuem filhos menores de doze anos, eis que a redação como está posta reforça os papéis impostos às mulheres pela sociedade, recolocando-as no espaço privado doméstico a fim de cuidarem de seus filhos, vez que não pertencem ao sistema de justiça criminal masculino.

Caso fosse invertida a previsão legal, ou seja, os homens pudessem ter sua prisão preventiva substituída por prisão domiciliar apenas com a condição de ter filhos menores de doze anos, enquanto a mulher precisasse comprovar ser a única

responsável pelos cuidados dessa criança para ter direito à substituição, haveria um risco de não existir qualquer alteração prática para os cuidados dessas crianças, eis que essa substituição da prisão desacompanhada de outras medidas basilares na sociedade patriarcal não deixaria claro que o homem também tem o dever de cuidar de seus filhos e da casa.

4. Considerações finais

Como visto, o sistema de justiça criminal atua no controle formal com relação os homens, todavia, como destacado por Vera Regina Pereira de Andrade, é residual no tocante às mulheres, vez que apenas atua de forma subsidiária às instituições informais, como a família e a igreja, para que as mulheres permaneçam no ambiente doméstico, exercendo seus papéis na esfera privada.

Nesse sentido, o artigo 318 do Código de Processo Penal com a nova redação pelo Lei n. 13.257 de 8 de março de 2016, quando estabelece, por um lado, que a mulher que tem filho menor de doze anos pode ter a prisão preventiva substituída por prisão domiciliar, e, por outro, que o homem, nas mesmas condições de pai, para ter direito à prisão domiciliar, deve ser o único responsável pelo filho, reforça os papéis construídos socialmente dos gêneros. É como se o Legislador brasileiro oficializasse a ideia historicamente construída de que o lugar da mulher é no lar, no ambiente doméstico, cuidando dos filhos, do marido e da família.

Importante registrar que se reconhece no presente trabalho a importância dessa alteração legislativa quanto à possibilidade de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar quando as pessoas em situação de encarceramento possuem filhos, vez que a criação e o cuidado desses filhos são imprescindíveis para o desenvolvimento sadio dessas crianças, para o bom relacionamento familiar e, inclusive, para a reinserção social das pessoas condenadas pela prática de crimes.

Ademais, diante do cenário do sistema prisional brasileiro, quanto mais formas de impedir que as pessoas permaneçam segregadas em condições não humanas, melhor, especialmente quando ainda estão sendo processadas e não há qualquer certeza da culpabilidade delas nas condutas imputadas pelo Estado.

Ocorre que se acredita que imprescindível seria que essa não existisse diferença de tratamento para a concessão da prisão domiciliar entre homens e mulheres, sendo necessário que houvesse uma previsão legislativa igualitária para todas as pessoas que possuem filhos menores de doze anos poderem cumprir a prisão preventiva de forma substitutiva no domicílio. Esse seria um caminho para mais uma conquista de igualdade real de direitos entre homens e mulheres que, infelizmente, muitas vezes ficam apenas no plano formal do artigo 5º da Constituição Federal e, outras vezes, tal igualdade é afastada como no caso analisado com relação à possibilidade de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar em se tratando de mulheres e homens que possuem filhos menores de doze anos.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 71-102, jan. 2005. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185>>. Acesso em: 14 out. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/15185>.

_____. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. Trad: Sérgio Milliet. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BRASIL, Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 6998 de 2013 que altera o art. 1º e insere dispositivos sobre a primeira infância na Lei n. 8.069, de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=ABBAB-54DA90D8F4CD4215D210EF26127.proposicoesWeb1?codteor=1214724&file-name=Tramitacao-PL+6998/2013>. Acesso em: 10 out. 2016

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 jul 2016

_____. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-3689Compilado.htm>. Acesso em: 30 jul 2016

_____. Estudo analisa nova composição da Câmara por gênero e raça. Câmara dos Deputados, Brasília. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/COM-A-PALAVRA/475678-ESTUDO-ANALISA-NOVA-COMPOSICAO-DA-CAMARA-POR-GENERO-E-RACA.html>>. Acesso em 1 ago 2016

_____. Lei nº 13.257 de 8 de março de 2011. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm#art41>. Acesso em 20 jul 2016.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. Trad. Flávia Biroli. In: *Estudos Feministas*, Florianópolis, 16(2): 440, maio-agosto/2008. Disponível em: <<http://>

www.scielo.br/pdf/ref/v16n2/02.pdf>. Acesso em 18 jul 2016

PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Trad: Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 1987.

_____. Trabalho Feminino e Capitalismo, In: *IX Congresso of Ethnological and Anthropological Sciences*, Chicago: 118–163, 1973. Disponível em: < <http://piwik.seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/viewFile/1488/1192>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

SPAVENTA, Verónica. Género y control social. In: **Lecciones y Ensayos**, n. 77, p. 213-234, 2002. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/77/genero-y-control-social.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2016.

WELZER-LANG, Daniel. Os homens e o masculino numa perspectiva de relações sociais de sexo. In: *Masculinidades*. Organ: Mônica Raisa Schpun. São Paulo: Boitempo Editorial; Santa Cruz do Sul: Ednisc, 2004.

A REPLICAÇÃO DOS MARCADORES DE GÊNERO NA ESTRUTURA DO NARCOTRÁFICO: QUAL A IMPORTÂNCIA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS N. 118.533 PARA O DESENCARCERAMENTO FEMININO?

Ana Flávia Silva Aguiar¹
Bruna Souza Costa e Paulo²

RESUMO: O artigo faz uma reflexão crítica sobre o encarceramento feminino no Brasil através de um confronto entre as disparidades de gênero que acompanham a sociedade, o mercado de trabalho formal e o papel das mulheres na estrutura do narcotráfico, destacando a necessidade de o Estado desenvolver um olhar diferenciado ao aprisionamento feminino, analisando-se, por fim, a importância da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 118.533 para o desencarceramento feminino.

Palavras-chave: Gênero; Desencarceramento feminino; Tráfico de Drogas; Habeas Corpus n. 118.533.

ABSTRACT: This article is a critical reflection on women's imprisonment in Brazil through a confrontation between the gender disparities that accompany the society, the formal labor market and the role of women in drug trafficking structure, highlighting the need for the state develop a different look to the female imprisonment, analyzing, finally, the importance of the decision of the Supreme Court in the Habeas Corpus n. 118,533 for women extrication.

Keywords: Gender; Female extrication; Drug Trafficking; Habeas Corpus n. 118,533.

1. Introdução

Conforme aponta literatura sobre a temática de gênero e encarceramento feminino, as relações entre os sexos, permeadas por disparidades sociais, datam do início da história humana, isto é, cerca de 300 mil anos (BORGES; NETTO, 2013, p.320). Em mesma medida, sempre acompanhou a estrutura das penitenciárias e

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), membro do grupo de trabalho “Acolhidas Ouvidoria”, vinculado ao Escritório de Assessoria Jurídica Popular (Esajup – UFU), brasileira, com endereço eletrônico em ana-flavia-aguiar@hotmail.com.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), membro do grupo de trabalho “Acolhidas Ouvidoria”, vinculado ao Escritório de Assessoria Jurídica Popular (Esajup – UFU), membro do grupo de trabalho “Todas Por Ela”, vinculado ao Escritório de Assessoria Jurídica Popular (Esajup – UFU) e a ONG SOS Mulher e Família, membro da Comissão de Gênero e Segurança da UFU, brasileira, com endereço eletrônico em brunascpaulo@gmail.com.

demais instituições prisionais a necessidade de separação entre homens e mulheres, dentre outros motivos, face ao singular direcionamento das penas imputadas às mulheres - a saber, a recuperação de seu pudor (ESPINOZA MAVILA, 2004, P.180) enquanto uma punição entrelaçada à necessidade de reafirmar o papel social definido e pré-determinado pelo patriarcado para a mulher.

Em outras palavras, a criminalização e a punição feminina hodiernas restam por evidenciar um processo histórico que, em similitude ao papel atribuído culturalmente à mulher na sociedade em geral e, especialmente com relação à família e ao trabalho, foi estruturado sobre os ditames de um Estado machista e patriarcal. Neste diapasão passa-se a considerar, ainda, as notórias deficiências que afligem todo o sistema penitenciário brasileiro, tais como deterioração da estrutura física das instituições, espaços insalubres das celas e refeitórios, superlotação, bem como falta de assistência médica e psicológica nas unidades, além de atividades sociais de educação e reinserção social nulas frente ao grande contingente populacional carcerário. Tais deficiências, por sua vez, passam a recair com maior intensidade sobre a população feminina frente tanto a sua baixa representatividade no conjunto da população encarcerada, quanto, como dito, por uma construção social de gênero que imputa total dissociação da figura feminina dos atos de criminalidade (ARRUDA, 2015, P.3), tornando premente especial discussão sobre o tema.

Posto isto, no ano de 2014, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (INFOPEN MULHERES, 2014), pela primeira vez, aprofundou a análise dos dados do sistema penitenciário brasileiro e passou a abarcar o detalhamento por gênero. Assim, apresentou o perfil das mulheres privadas de liberdade por escolaridade, cor, faixa etária e, dentre outros aspectos, o percentual de presas por natureza do crime pelos quais foram condenadas e o tipo de regime de cumprimento da pena (fechado, semiaberto ou aberto). Em destaque, apresenta-se que, embora as mulheres sejam apenas 6,4% da população carcerária do Brasil, o contingente carcerário feminino aumentou 567% nos últimos quinze anos, sendo a preocupante maioria delas presas por envolvimento com o tráfico de drogas, crime equiparado ao rol dos hediondos.

Nesse sentido, o presente estudo busca compreender e refletir, tanto sob o viés jurídico, quanto sociológico, a projeção das relações de gênero existentes na sociedade moderna ao desproporcional aumento do aprisionamento feminino por delitos relativos ao tráfico de drogas e, em especial, dar destaque à novíssima mudança de entendimento da Suprema Corte Brasileira no Habeas Corpus n. 118.533 e aos seus possíveis reflexos enquanto medida emancipatória para a população prisional feminina.

2. Encarceramento feminino: O papel da mulher na estrutura do crime organizado e o aumento da taxa de aprisionamento feminina no Brasil

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do ano de 2014 (INFOPEN, 2014), em números comparativos, o Brasil tem a quarta

maior taxa de aprisionamento³ do planeta, visto que somente os Estados Unidos, a Rússia e a Tailândia têm um contingente prisional mais elevado. Por sua vez, a taxa de ocupação⁴ dos estabelecimentos prisionais brasileiros é a quinta maior entre os vinte países com maior número de presos no mundo. Nesse panorama, nota-se que as mulheres compõem 6,4% do total da população carcerária brasileira, situando o país dentro da margem mundial, visto que em 80% dos países do mundo as mulheres representam entre 2% e 9% da população prisional total.

Cumprir notar, entretanto, que apenas 7% dos estabelecimentos prisionais existentes no país são unidades prisionais destinadas exclusivamente às mulheres, existindo menos unidades femininas que estabelecimentos mistos, os quais totalizam 17%. Além disso, a já antiga observação da crise de superlotação e dos problemas referentes à precariedade das instalações físicas, absoluta insalubridade das celas, sanitários e demais ambientes comuns nas unidades de aprisionamento, demonstram que as deficiências do cárcere são ainda mais gritantes para as mulheres, refletindo as disparidades de gênero que acompanham a história do país e a prevalência de uma cultura pautada em intensa violência institucional contra a mulher.

Nesse sentido, ao se analisar os dados estatísticos oficiais do último quinquênio, salta aos olhos o fato de que enquanto a população prisional masculina aumentou 237%, a população prisional feminina, como dito, aumentou 567%, saltando de pouco mais de 5.000 mulheres encarceradas no ano de 2000, para a ordem de 37.380 em 2014 (INFOPEN, 2014). Além disso, no que tange a distribuição por gênero de crimes tentados e consumados, é possível notar que o encarceramento feminino tem padrões de criminalização bastante distintos do masculino, vez que enquanto 25% dos crimes pelos quais os homens respondem estão relacionados ao tráfico de entorpecentes, para as mulheres essa proporção alcança o montante de 63%. Em especial, aquelas mulheres que se encontram na base da pirâmide social e representam o perfil da mulher encarcerada: negras, pobres e sem escolaridade⁵ são as principais atingidas por um sistema carcerário que reproduz os marcadores de gênero, adentrando no mercado de drogas em virtude do desemprego e da pobreza a que estão sujeitas; são réis primárias, de bons antecedentes e não integrantes de organizações criminosas (INFOPEN MULHERES, 2014).

Nesse momento, cabe então ressaltar que, como vem demonstrando a criminologia feminista, enquanto discurso de denúncia, as circunstâncias sociais e econômicas do país são os principais motivos do ingresso de mulheres na estrutura do crime-organizado, pois, frente às fortes disparidades, grande parte da população que vive em situação de pobreza e miséria no país é feminina, em fenômeno chamado *feminização da pobreza* (GIACOMELLO, 2013, p.4). Isto é, cresce cada vez mais o número de famílias monoparentais chefiadas por mulheres, únicas provedoras econômicas de seus núcleos afetivos e únicas responsáveis pela guarda e cuidado dos filhos,

³ A taxa de aprisionamento indica o número de pessoas presas para cada cem mil habitantes.

⁴ A taxa de ocupação indica a razão entre o número de pessoas presas e a quantidade de vagas existentes.

⁵ Em relação à raça, cor ou etnia, duas em cada três presas são negras. E, 50% das mulheres encarceradas não concluíram o ensino fundamental.

sujeitas a duplas ou triplas jornadas de trabalho e sendo, muitas vezes, empurradas para o narcotráfico como única forma de sanar essas múltiplas obrigações.

Em outras palavras, o perfil do encarceramento da mulher por delitos relacionados a tráfico de drogas (negras, pobres e sem escolaridade; rés primárias, de bons antecedentes e não integrantes da organização criminosa) denuncia a relação entre a criminalização feminina e a dificuldade de mulheres pobres marginalizadas em terem acesso a oportunidades no mercado de trabalho formal, com melhor remuneração, apta a sanar as necessidades da família. Assim, tanto o envolvimento das mulheres com o tráfico de entorpecentes, quanto o incremento das taxas de aprisionamento feminino, refletem um pano de fundo recheado de desigualdades sociais e econômicas que recaem com maior intensidade sobre a vida da mulher em nosso país.

Nesse contexto, destaca-se ainda que a parcela das mulheres que se encontra encarcerada o está por uso ou tráfico de pequenas quantidades de drogas. Além disso, padecem de investigações policiais mais consistentes, em especial nos casos de prisão em flagrante ocorridas em domicílios, por serem aquelas que, de modo geral, estavam presentes na residência. Ademais, as características mais marcantes das ações praticadas por mulheres nos crimes de tráfico de drogas ligam-se a condições de coadjuvação e subalternidade na hierarquia do crime organizado, consistindo quase que unicamente em funções de preparo, embalagem e distribuição, enquanto *mulas* ou *aviãozinhos*, no transporte e entrega de pequenas quantidades de entorpecentes, sendo que dificilmente alguma delas é chefe do narcotráfico. Ainda assim, quando presas, essas mulheres são rapidamente substituídas na estrutura que ocupavam nesse mercado “informal”.

Assim, é possível dizer que a organização do crime organizado brasileiro, o qual em regra é a estrutura utilizada para a comercialização de entorpecentes ilícitos, replica os marcadores de gênero da sociedade e do mercado de trabalho formal, em que às mulheres ocupam as posições mais baixas, vulneráveis e de menor remuneração na cadeia produtiva, visto que estão diretamente envolvidas com o produto final da ação delitiva, atuando nos momentos de fácil flagrante no comércio do tráfico de drogas: o transporte e a venda. Assim, uma vez que tais mulheres ocupam os postos de trabalho mais vulneráveis, são também àquelas mais vulneráveis à prisão, as primeiras a serem detidas, facilmente substituíveis, enquanto que várias figuras masculinas, reais articuladoras do crime organizado no país, seguem impunes.

Percebe-se, entretanto, que a relação entre a subordinação da mulher no crime organizado e o exponencial crescimento da taxa de encarceramento feminino é fruto comum da falida política de “guerras às drogas”, adotada pela maioria dos países ocidentais, e da total displicência do poder público frente às disparidades de gênero na sociedade e nos padrões da criminalidade brasileira. Isto é, que a despeito do aumento das condenações por crimes relacionados ao tráfico de drogas para ambos os sexos, há evidente falta de leniência por parte do sistema de justiça em relação ao aprisionamento das mulheres. (BIANCHINI, 2015).

Diante disso, a problemática do encarceramento feminino, tradicionalmente negligenciada por agentes estatais, vem ganhando importância nos espaços de debate, produção científica e incremento normativo do Estado e Sociedade Civil em

todo mundo, seja em virtude dos impactos desse fenômeno nas políticas de segurança pública e gerenciamento penitenciário, seja pela crescente luta dos agentes sociais no combate à desigualdade de gênero. Demonstrada a relevância da discussão acerca da necessidade de observância das realidades específicas das mulheres presas pelo Estado brasileiro, passa-se a lançar mão da discussão acerca dos possíveis reflexos e benefícios do julgamento do Habeas Corpus n. 118.533 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em junho de 2016, para o exponencial número de mulheres condenadas por figuras delitivas relacionadas ao tráfico de drogas, vez que a maioria delas encontram-se presas por uma pequena participação na cadeia do tráfico de entorpecentes, sendo, inclusive, réis primárias, de bons antecedentes e não integrantes da organização criminosa, visto que se decidiu que o chamado tráfico privilegiado previsto no Artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) não pode ser considerado crime hediondo.

3. *Habeas Corpus* n.118.533/MS – Uma análise de Gênero

Utilizando-se de critérios hermenêuticos e políticos, em junho de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) retirou o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas privilegiado ao julgar procedente o *Habeas Corpus* n.118.533/MS aos impenetrantes, instaurando jurisprudência inédita quanto ao tipo penal disposto no art. 33, caput e § 4º, da Lei nº 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas. A decisão em questão analisava pedido de Habeas Corpus impetrado pela Defensoria Pública da União frente o STF a fim de, conforme condenação em primeira instância, afastar a hediondez do crime de tráfico privilegiado de 772,0 kg da substância entorpecente conhecida como ‘Maconha’, permitindo que os pacientes se beneficiassem do livramento condicional e progressão de regime nos prazos estabelecidos pelo art. 112 da Lei de Execuções Penais⁶ enquanto crime comum.

Faça-se a leitura do delito de “tráfico privilegiado”, tipificado no art. 33 da Lei de Drogas:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

⁶Lei 7.210/84, Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. § 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. § 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

O disposto no art. 33, §4º da Lei de Drogas é espécie de minorante a ser aplicada nos crimes previstos no §1º do artigo. Entretanto, é necessário que o acusado preencha os quatro requisitos para ser enquadrado no tráfico privilegiado, quais sejam: acusado primário, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e não integração de organizações criminosas.

O tráfico privilegiado tem alta carga valorativa de política criminal, na qual, segundo Renato Brasileiro de Lima, surge *“como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda que não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a lhe propiciar uma oportunidade mais rápida de ressocialização”* (LIMA, 2016, p. 60). Conforme outrora explanado, dos 63% das mulheres presas por envolvimento com o tráfico de entorpecentes, grande parte delas tem em comum fatores como a ausência de antecedentes criminais, desempenho de papel fundamental no sustento financeiro familiar, dificuldade em acessar o mercado formal de empregos, bem como, o exercício de atividades de varejo e transporte no tráfico de drogas, em funções como de “aviãozinhos” e “mulas”. Isto é, essas mulheres não compõem estruturalmente o esquema da organização criminosa, em razão da ausência dos requisitos de estabilidade e permanência, visto que efetuam trabalhos ocasionais, não obtém maiores informações acerca da organização e são facilmente substituídas em suas funções.

A hediondez do delito de tráfico de entorpecentes e, consequentemente, de sua privilegiadora, é atribuída inicialmente pelo art. 5º, XLIII, da Constituição Federal de 1988, que aduz ser crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, equiparando-o ao rol de crimes hediondos disposto na Lei 8.072/90. Conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, ainda que a conduta seja enquadrada como o tráfico privilegiado do no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não se afasta o caráter hediondo da mesma. Dessa forma, os acusados condenados por tráfico de drogas não teriam direito a concessão de anistia, graça, indulto total da pena, comutação da pena e a eles não poderá ser arbitrada fiança.

Outro agravante é que o cumprimento de pena para fins de progressão de regime deverá ser na fração de 2/5 caso o sentenciado seja primário, ou de 3/5 caso seja reincidente de acordo com o art. 2º, caput e §2º da Lei nº 8.072/90, enquanto que, a progressão permitida em face ao crime comum é pelo cumprimento de 1/6 da pena, no termos do art. 112 da Lei nº 7.210/84. Cabe ressaltar, ainda, que a Lei de Crimes

Hediondos acrescentou o inciso V no art. 83 do Código Penal, majorando a pena, de modo que o livramento condicional será concedido ao sentenciado em crime hediondo após o cumprimento de 2/3 da pena e, caso seja reincidente específico em crimes hediondos, fica vedado a concessão do benefício, além da verificação de requisitos como “comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto”. Por outro lado, em regra, para os sentenciados em crime comum, o livramento condicional poderá ser concedido após o cumprimento de 1/3 da pena, ou de mais da metade da pena no caso de condenado por crime doloso, cumulado com os eventuais demais requisitos do dispositivo.

Consideradas as características dos crimes hediondos e equiparados, percebe-se que, em relação ao encarceramento, a execução da pena para aqueles sentenciados pelo cometimento destes crimes, quando comparado aos sentenciados por crime comum, é excessivamente mais gravosa, especialmente por manter o sujeito encarcerado por muito mais tempo, ainda que tenha cometido crime de baixo potencial ofensivo, ao qual recai a privilegiadora. Em vista do exorbitante crescimento da população carcerária feminina (567%) as quais, em grande maioria, encontram-se reclusas por envolvimento no tráfico ilícito de entorpecentes (63%), conclui-se que a hediondez das condutas tipificadas na Lei de Drogas é de grande relevância para a análise do encarceramento massivo de mulheres.

A concessão do *Habeas Corpus* 118.533/MS, atento aos critérios de política criminal, fixou que o tráfico privilegiado possui menor juízo de reprovação e punição que as demais condutas tipificadas como tráfico de drogas, padecendo do caráter hediondo atribuído aos crimes de alta periculosidade e censura pelo ordenamento jurídico. Apesar de o caso versar sobre o tráfico de quase 700 kg de maconha, o Ministro Luis Roberto Barroso ressaltou em seu voto a função do Supremo Tribunal Federal quanto à fixação de teses para orientação dos tribunais, e não meramente análise e julgamento da situação concreta (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016, p.22.).

Em seu voto-relator, a Ministra Cármen Lúcia ressaltou o aumento exponencial do número de encarcerados em razão do delito de tráfico de drogas, relatando, ainda, episódio no qual visitou uma penitenciária acompanhada de especialistas, oportunidade em que um médico ressaltou a impossibilidade das mulheres presas estarem envolvidas com facções criminosas de tráfico de entorpecentes, apesar do enquadramento no tipo penal do tráfico, visto que elas se digladiariam, em razão das disputas de poder (semelhante à realidade dos encarcerados homens). O que ocorre, conforme relatado pela ministra, é que os encarcerados, em especial o público feminino, são usuários, mantendo tênue relação com o tráfico de drogas (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016, p.58.).

A dicotomia entre usuário e traficante, ambos sujeitos ao encarceramento massivo, demonstra a completa falência da atual política criminal de drogas no Brasil, a qual ainda é extremamente atrelada ao discurso médico-político que regia a antiga Lei de Tóxicos (Lei nº 6.368/76, revogada pela Lei nº 11.343/06), que adotava uma perspectiva sanitária de tratamento coercitivo terapêutico. Justificava-se que a dependência estava associada ao delito, estabelecendo como “objetivo da ação médica, a

prevenção de delitos” (CARVALHO, 2010, p.24).

Sobre as razões que levam as mulheres ao tráfico de drogas, nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski,

O desemprego estrutural e a precarização das relações de trabalho constituem fator fundamental que leva à inserção de jovens e de mulheres nessa prática delituosa, a qual é assumida como uma alternativa laboral e, até mesmo, para prover a própria subsistência” ressaltando que elas são penalizadas desproporcionalmente pelo direito penal, em vista da participação de menor relevância no comércio ilegal de entorpecentes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016, p.92.)

Em seu voto, por fim, Lewandowski relata que após retirar o caráter hediondo do tráfico de drogas privilegiado, 45% das mulheres presas seriam beneficiadas com a liberdade, de acordo com informações do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário.

Após a leitura dos votos e análise dos levantamentos acerca da comunidade carcerária, destaca-se o caráter emancipatório da decisão do *Habeas Corpus* 118.533/MS, em especial para as mulheres encarceradas, de forma a minimizar a reprodução dos marcadores de gênero e não efetuar uma dupla penalização as condenadas (a discriminação de gênero efetivada pela sociedade, combinada com a sentença condenatória). Mas até que ponto a decisão em análise emancipa de fato essas mulheres? Devemos retomar a análise social dos estigmas do gênero feminino.

Conforme preceitua Danièle Kergoat *“as qualificações exercidas pelas mulheres são raramente reconhecidas enquanto tais. Como dissemos, o valor atribuído ao trabalho de uma mulher é sempre inferior àquele atribuído ao trabalho de um homem”* (KERGOAT, 2012, p.52). Nesse sentido, pode-se dizer que o sistema que envolve o tráfico de entorpecentes reproduz em suas instâncias a discriminação de gênero, em especial, direcionada as mulheres, visto que elas realizam trabalhos mal remunerados e subalternos, como venda e transporte de pequenas quantidades de drogas, estando na base da estrutura do crime organizado, razão pela qual são tão vulneráveis à prisão. Destaca-se também que, de forma semelhante, tal discriminação ocorre no mercado de trabalho formal, no qual, analisando-se a pirâmide remuneratória, mulheres brancas seguidas das mulheres negras recebem menos que os homens brancos e negros (ARAÚJO, 2013, p.13).

Em outro aspecto, ao recrutar as mulheres dispensadas pelo mercado formal, as organizações de tráfico visam aquelas com bons antecedentes, sem condenações e sem envolvimento na cadeia sistêmica, para realizarem trabalhos finais na venda de drogas. Torna-se fácil convencê-las a realizarem tais serviços alegando o baixo tempo de cumprimento de pena, caso sejam flagranteadas. Além disso, por ser mínimo o risco de passarem longos períodos encarceradas, diminui-se o valor da mão de obra, impossibilitando o suprimento financeiro das razões particulares que as levaram a optar pelo cometimento do ilícito.

Ademais, a partir do momento que as mulheres recrutadas forem senten-

ciadas no art. 33, §4º da Lei 11.343/06, elas não poderão usufruir da privilegiadora em futura condenação, por não satisfazer os requisitos de primariedade e bons antecedentes. Por si só, a ausência do caráter hediondo no tráfico privilegiado não exime essas mulheres da marginalidade, as quais permanecerão na criminalidade de forma reincidente.

Por fim, ressalta-se que os antecedentes criminais são motivo não apenas de retirar a privilegiadora do §4º do art. 33 da Lei de Drogas para o crime de tráfico, como também de estigma social, dificultando ainda mais o acesso das sentenciadas ao mercado de trabalho formal, de forma que, associando pobreza, marginalidade e discriminação de gênero, a reincidência é praticamente inevitável. Dessa forma, resta cediço que a emancipação das mulheres condenadas no tráfico privilegiado é promovida em um primeiro momento, o de primariedade, mas em nada o Supremo Tribunal Federal auxilia-as, de maneira empoderadora ou mesmo protetiva, a lidar com as razões sociais e econômicas da participação e envolvimento no mundo do crime organizado.

4. Considerações Finais

É evidente o caráter vanguardista da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 118.533/MS diante de uma política criminal de drogas completamente falida no cenário brasileiro hodierno. No entanto, analisando-se que quando as pessoas, em sua maioria mulheres, que atuam como “correios humanos” forem presas, o tráfico recrutará nova mão de obra descartada do mercado de trabalho formal, mantendo o aumento exponencial das taxas de encarceramento.

O fato de 63% das mulheres encarceradas serem condenadas por crimes envolvendo o tráfico de drogas demonstra o quanto a sociedade, em suas diversas instâncias, reproduz os marcadores da discriminação de gênero. Primeiramente, por serem mulheres, a sociedade passa a lhes atribuir baixa carga qualificativa e baixa remuneração, especialmente em virtude da dicotomia entre papel público e privado para elas esperado (KERGOAT, 2002). Elas sempre estarão subjugadas ao papel que o homem exerce socialmente e profissionalmente, tendo maior dificuldade em ingressar ou manter-se no mercado de trabalho, ainda que receba remuneração inferior àqueles.

Assim, com dificuldade de acesso a remunerações dignas, essas mulheres adentram na esfera da marginalidade, tendo no mercado informal solução rápida para o provimento próprio ou familiar. Enquanto no exercício de funções subalternas, elas não obtêm proteção das organizações de tráfico de drogas. São presas. Serão soltas. Mas como retornarão ao convívio social ressocializadas com o duplo estigma de gênero e de ex-presidiária? Duplamente condenadas, essas mulheres entram em um ciclo de marginalidade do qual dificilmente sairão. Com destaque especial, ainda, as mulheres negras que, além de sofrerem essa dupla estigmatização, sofrem com um terceiro elemento: a discriminação racial.

Dessa forma, questiona-se: ao decidir por retirar o caráter hediondo do tráfico privilegiado, o Supremo Tribunal Federal foi atento aos marcadores de gênero que justificam o crescimento exponencial do encarceramento feminino e aos reflexos

positivos que muitas mulheres obteriam da decisão, mas estaria a decisão do Habeas Corpus n. 118.533/MS apta a inibir a discriminação de gênero e invisibilidade que recaí sobre grupo social no sistema prisional? De forma alguma. O Poder Judiciário Brasileiro continua repleto de operadores do direito desatentos às questões de gênero, que realizam a mera subsunção da norma ao fato, sem qualquer análise crítica posterior. O cárcere no Brasil, por sua vez, em nada cumpre com sua função ressocializadora, e, conforme declarado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, constitui verdadeiro “Estado de Coisas Inconstitucional” no qual, em razão da ausência de políticas públicas e atuação das autoridades, constata-se quadro generalizado de recorrente violação de direitos humanos.

Concluindo, denota-se a urgência da reestruturação dos presídios, em especial os “femininos”, de maneira a adequá-los às necessidades das mulheres, equipando-os com adequado atendimento pré-natal, creches e atendimento ginecológico, bem como, os faltantes itens básicos de higiene íntima, como absorventes. A mudança deve ser realizada não apenas na esfera estrutural, como também na ideológica, buscando-se responder questões tais como: Como evitar que as mulheres ingressem na estrutura do crime organizado? Como evitar a reincidência dessas mulheres? Como evitar que sejam oprimidas pelo estigma de gênero a que lhes são aludidas, antes, durante e depois do cárcere? O Poder Judiciário, enquanto ente dotado do poder-dever de proteção dos direitos fundamentais de qualquer cidadão, afeto à busca pela sua concretização, precisa estar atento aos problemas sociais, econômicos e de gênero que afetam a população brasileira, em suas diferentes esferas, promovendo a emancipação dos grupos minoritários, mediante a aplicação de um olhar mais humano em cada caso, em todas as suas instâncias.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Angela Maria Carneiro; LOMBARDI, Maria Rosa. Trabalho Informal, Gênero e Raça no Brasil do Início do Século XXI. [2013]. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v43n149/05.pdf>>. Acesso em: out. 2016.

ARRUDA, Rodolfo. Políticas Penitenciárias e o Encarceramento Feminino: O Aumento da Taxa de Mulheres Presas e uma Breve Discussão Sobre a Construção de Unidades Penitenciárias Femininas No Estado De São Paulo. Revista Transgressões: Ciências Criminais Em Debate. v.23.n2. 2015. p.2.

BARCINSK, Mariana. Centralidade de gênero no processo de construção da identidade de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas. [2009]. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v14n5/26.pdf>>. Acesso em: jun. 2016.

BIANCHINI, Alice; BARROSO, Marcela Giorgi. Mulheres, tráfico de drogas e sua maior vulnerabilidade: série mulher e crime. [2014]. Disponível em:< http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/54/docs/artigo_mulheres,_tráfico_de_drogas_e_sua_maior_vulnerabilidade.pdf>. Acesso em: jun.2016.

BORGES, Paulo César Corrêa; NETTO, Helena Henkin Coelho. A Mulher e o Direito Penal Brasileiro: Entre a Criminalização pelo Gênero e a Ausência de Tutela Penal Justificada Pelo Machismo. Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, a.17, n.25, 2013.

BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad - e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: out.2016.

_____. Lei 7.210, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: out.2016.

_____. Lei 8.072, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: out.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 118.533/MS- Mato Grosso do Sul. Impetrante: Defensoria Pública Da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Acórdão, Brasília, 23 de junho de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&-docID=11677998>>. Acesso em: out.2016.

CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídica-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

DEPEN. LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. INFOPEN. BRASIL, Jun 2014. Disponível em:<<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-de-pen-versao-web.pdf>> Acesso em: jun. 2016.

_____. LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. INFOPEN MULHERES. BRASIL, Jun 2014. Disponível em:<<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>> Acesso em: jun. 2016.

ESPINOZA MAVILA, Olga. A mulher encarcerada em face do poder punitivo. São Paulo: IBCCRIM, 2004. 180p.

GIACOMELLO, Corina. Women, drug offenses and penitentiary systems in Latin America. International Drug Policy Consortium, 2013. Disponível em:<<https://>

www.unodc.org/documents/congress/background-information/NGO/IDPC/IDPC-Briefing-Paper_Women-in-Latin-America_ENGLISH.pdf>. Acesso em: out. 2016.

KERGOAT, Danièle. A Relação Social de Sexo Da Reprodução das Relações Sociais à sua Subversão. [2002]. Disponível em: <<http://www.proposicoes.fe.unicamp.br/proposicoes/textos/37-dossie-kergoatd.pdf>>. Acesso em: out. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. Salvador: Jus-PODIVM, 2016.

MASCARENHAS, Alessandra Rapassi; OLIVEIRA, Débora Moreno M. A Punição de Mulheres Traficantes: Análise Crítica de Sentenças Condenatórias à Pena Privativa de Liberdade Não Substituída por Restritiva de Direitos. Revista Jurídica: 2016.

SAFIOTTI, Heleieth Iara Bongivani. Gênero, patriarcado, violência. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

O ESTUPRO COMO UM CRIME INTERNACIONAL

Bruno de Oliveira Biazatti¹

Alice Lopes Fabris²

RESUMO: O estupro e a violência sexual são elementos presentes nos conflitos armados contemporâneos. Para tanto, o Direito Penal Internacional criminaliza essas condutas, as definindo como crimes de guerra, crimes contra a humanidade e até mesmo atos de genocídio, conforme as circunstâncias do caso concreto. O presente artigo visa apresentar quais são os elementos que caracterizam o estupro para fins de responsabilidade criminal internacional dos perpetradores de tal ato, bem como a jurisprudência relevante sobre o tema. Destacar-se-ão decisões do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, do Tribunal Penal Internacional para Ruanda e do Tribunal Penal Internacional.

Palavras-chave: Estupro; crime contra a humanidade de estupro; crime de guerra de estupro; genocídio; Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia; Tribunal Penal Internacional para Ruanda; Tribunal Penal Internacional.

ABSTRACT: Rape and sexual violence are elements often present in contemporary armed conflicts. Therefore, the International Criminal Law outlaws such conducts, defining them as war crimes, crimes against humanity and even acts of genocide, according to the specific circumstances of the case. The present paper aims to describe the definition of rape as to entail international criminal responsibility of rapists as well as the relevant case-law on this matter. We will deal with judgments of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda and the International Criminal Court.

Keywords: Rape; crime against humanity of rape; war crime of rape; genocide; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia; International Criminal Tribunal for Rwanda; International Criminal Court.

1. Introdução

Apesar do Brasil (felizmente) não ter em seu território nenhum conflito armado em andamento, em diversos conflitos no exterior a violência sexual é uma realidade. Os números divulgados pela Organização das Nações Unidas são alarmantes:

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Brasil. Especialização em Direito Internacional pelo Instituto de Altos Estudos em Direito (IEAD). Pesquisador do Centro de Direito Internacional (CEDIN). Email: bbiazatti@gmail.com

² Professora Voluntária na UFMG, Brasil. Bacharel em Direito pela UFMG. Email: fabrislicelita@gmail.com

apenas na República Democrática do Congo, aproximadamente, 1.100 estupros são relatados a cada mês, com uma média de 36 mulheres e meninas sendo estupradas diariamente. Estima-se que mais de 200.000 mulheres já foram vítimas de violência sexual no país desde que o conflito armado começou, em 1994. Durante o genocídio em Ruanda, 500.000 mulheres foram estupradas. Já nos conflitos de fragmentação da ex-Iugoslávia, entre 20.000 e 50.000 mulheres foram estupradas (GAGGIOLI, 2014, p.504). Isso revela que a violência sexual é um problema humanitário sério e que precisa ser discutido e eliminado.

Normalmente, a violência sexual em conflitos armados não está relacionada exclusivamente com a satisfação da lascívia, mas está ligada com o exercício de poder e dominação de um grupo armado sobre comunidades subjugadas. Diante disso, os ataques sexuais são usados por grupos armados a fim de humilhar os adversários, aterrorizar os civis e também destruir as sociedades (MITCHELL, 2005, p.222).

O presente artigo pretende defender que o estupro em conflitos armados pode consistir um crime de guerra e também um crime contra a humanidade. Para tanto, serão apresentadas sentenças de tribunais penais internacionais nas quais os réus são condenados por atos de estupro ou por permitir que esses atos sejam cometidos por seus subordinados. O objetivo dessa análise é definir em quais circunstâncias o estupro pode ser considerado um crime internacional e quais atos podem ser enquadrados como estupro para fins de uma condenação criminal internacional. Serão analisadas decisões de três tribunais: o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (TPIEI), o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) e o Tribunal Penal Internacional (TPI).

O TPIEI foi criado em 25 de maio de 1993, por meio da Resolução no. 827, aprovada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU). Nos termos do artigo 1º de seu Estatuto, esse Tribunal tem competência criminal para julgar pessoas físicas responsáveis por graves violações do Direito Internacional Humanitário, cometidas no território da Ex-Iugoslávia (hoje correspondente aos Estados da Bósnia-Herzegovina, Eslovênia, Croácia, Macedônia, Montenegro e Sérvia), desde 1º de janeiro de 1991. A sua sede se localiza em Haia, nos Países Baixos (NETO, 2008, p.182-191; JUNIOR e ZEN, 2016, p.13-17).

Por sua vez, o TPIR foi estabelecido pelo CSNU através da Resolução no. 955, em 8 de novembro de 1994, com o objetivo de julgar e condenar aqueles que são responsáveis pelo crime de genocídio e outras violações graves do Direito Internacional Humanitário cometidos no território de Ruanda e também os cidadãos ruandeses que cometeram esses mesmos crimes no território de Estados vizinhos, entre 1º de janeiro de 1994 e 31 de dezembro de 1994. O Tribunal teve suas atividades encerradas em dezembro de 2015, mas seus precedentes continuam sendo considerados em verdadeiro patrimônio do Direito Penal Internacional (NETO, 2008, p.191-199; CASSESE, 2003, p.335-340).

Por último, temos o TPI, que é a única jurisdição penal internacional permanente existente. Com sede em Haia, ele foi criado por meio de um tratado, o Estatuto de Roma, que foi adotado em 17 de julho de 1998, na cidade de Roma, Itália. O TPI foi estabelecido oficialmente no dia 1º de julho de 2002, data em que o

Estatuto de Roma entrou em força. Atualmente, ele conta com 124 Estados membros e 23 casos em andamento (SCHABAS, 2007, p.15-22).

2. Definição de Estupro para Fins de Direito Penal Internacional

Grande dificuldade quanto ao estudo do estupro como um crime internacional é defini-lo com satisfatória precisão. A dificuldade existe especialmente porque, até a criação do TPI, não havia uma definição codificada de estupro em nenhum instrumento normativo internacional. Nesse sentido, coube aos próprios tribunais penais internacionais definir estupro em suas sentenças.

A definição mais citada é aquela formulada TPIEI no caso *Anto Furundžija* - que será discutido em mais detalhes abaixo. Concluiu-se que estupro pode ser definido como “[...] a penetração sexual forçada do corpo humano usando o pênis ou a inserção forçada de qualquer outro objeto na vagina ou ânus” (TPIEI, 1998, p.72; tradução livre). Essa definição é propositalmente genérica com vistas a abarcar o máximo de condutas. Também não há qualquer limitação de gênero, de forma que tanto homens quanto mulheres podem ser vítimas desse crime. Por fim, a Câmara de Julgamento do caso *Furundžija* indicou, a partir dessa definição, que o crime do estupro se consuma com a presença de dois elementos cumulativos: o ato mecânico e a coerção. O primeiro elemento consiste na penetração sexual, por menor que seja, do ânus ou da vagina da vítima pelo pênis ou qualquer outro objeto usado pelo agente, ou da boca da vítima pelo pênis do agente. O elemento da coerção consiste em atos de coação, força ou ameaça de força contra a vítima ou uma terceira pessoa (TPIEI, 1998, p.68-74).

Posteriormente, no caso *Kunarac*, o TPIEI decidiu modificar a sua definição cunhada no caso *Furundžija*. Como acima exposto, nesse último caso, a Câmara de Julgamento do TPIEI chegou à conclusão de que o estupro ocorre quando há penetração sexual combinada com força, ameaça de força ou coerção. Segundo a Câmara de Julgamento incumbida do caso *Kunarac*, estupro corresponde à penetração de cunho sexual que não seja verdadeiramente voluntária ou consensual por parte da vítima. Apenas a força ou ameaça de força não é suficiente para garantir uma definição suficientemente abrangente, sendo relevante também a ausência de consentimento ou participação voluntária da vítima (TPIEI, 2001, p.148).

Assim, segundo a Câmara de Julgamento do caso *Kunarac*, o elemento central para a consumação do crime de estupro é a supressão da vontade da vítima ou a sua submissão a ato sexual não voluntário. Nesse sentido, a autonomia sexual do indivíduo será violada sempre que ele seja submetido a ato sexual com o qual não concordou livremente ou não seja um participante voluntário (TPIEI, 2001, p.155). Evidências da ausência de consentimento genuíno ou participação voluntária podem ser demonstradas através de vários fatores, tais como força, ameaças de força, a vítima estar desacordada ou sem consciência durante o ato sexual, ou o fato do acusado ter tirado vantagem da vítima, a tornando incapaz de resistir (TPIEI, 2001, p.155).

Atualmente, estupro é definido como um crime de guerra e como um crime contra a humanidade nos Elementos dos Crimes, documento adotado, em setembro

de 2002, na Primeira Assembleia dos Estados Partes do Estatuto de Roma, com a finalidade de detalhar os elementos constituintes de todos os crimes presentes no Estatuto de Roma do TPI. Segundo esse documento, o crime contra a humanidade de estupro se configurará quando:

1. O perpetrador invadiu o corpo de uma pessoa mediante uma conduta que resultou na penetração, por menor que seja, de qualquer parte do corpo da vítima ou do perpetrador com um órgão sexual, ou do orifício anal ou genital da vítima com qualquer objeto ou qualquer outra parte do corpo.
2. A invasão foi cometida por força, ou por ameaça de força ou coerção, como a causada pelo medo de violência, pressão, detenção, opressão psicológica ou abuso de poder, contra essa pessoa ou outra pessoa, ou tirando vantagem de um ambiente coercivo, ou a invasão foi cometida contra uma pessoa incapaz de dar consentimento genuíno.
3. A conduta foi cometida como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil. O perpetrador sabia que a conduta era parte ou destinado a ser parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil (TPI, 2002, p.8; tradução livre).

Por outro lado, o crime de guerra de estupro é composto pelos seguintes elementos:

1. O perpetrador invadiu o corpo de uma pessoa mediante uma conduta que resultou na penetração, por menor que seja, de qualquer parte do corpo da vítima ou do perpetrador com um órgão sexual, ou do orifício anal ou genital da vítima com qualquer objeto ou qualquer outra parte do corpo.
2. A invasão foi cometida por força, ou por ameaça de força ou coerção, como a causada pelo medo de violência, pressão, detenção, opressão psicológica ou abuso de poder, contra essa pessoa ou outra pessoa, ou tirando vantagem de um ambiente coercivo, ou a invasão foi cometida contra uma pessoa incapaz de dar consentimento genuíno.
3. A conduta ocorreu no contexto de e foi associado com um conflito armado internacional.
4. O agressor estava ciente de circunstâncias de facto que estabeleceram a existência de um conflito armado (TPI, 2002, p.28; tradução livre).

Percebe-se que a definição presente nos Elementos dos Crimes funde o conceito de estupro do caso *Kunarac* e do caso *Furundžija*. Nesse documento, verifica-se que o estupro se consuma por meio da violação da autonomia sexual individual usan-

do força, ameaça de força ou coerção ou mediante a falta de consentimento genuíno pela vítima.

3. Casos do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia Sobre Estupro

Nos conflitos de dissolução da ex-Iugoslávia, o estupro, infelizmente, foi muito utilizado pelos soldados contra as minorias dessa região. Diante disso, o TPIEI teve de lidar com esse crime em diversos casos. O presente trabalho se limita a discutir sobre dois: o caso *Anto Furundžija* e o caso *Dragoljub Kunarac*.

3.1 Caso Promotor v. Anto Furundžija

Os fatos relevantes ao caso *Anto Furundžija* ocorreram entre janeiro e julho de 1993, período no qual os bósnios-croatas e os bósnios muçulmanos lutaram em um intenso conflito armado dentro do território da atual Bósnia-Herzegovina. No decurso do conflito, centenas de bósnios muçulmanos foram coercitivamente retirados de suas residências, detidos e sujeitos a trabalho forçado, tortura, violência sexual e outras agressões físicas e mentais. Anto Furundžija, o acusado, é um bósnio-croata que atuou como comandante da unidade especial “*Jokers*”, ligada ao exército oficial dos bósnios-croatas. Entre outras acusações, Furundžija foi indiciado pelos crimes de tortura e estupro. No decurso do processo perante o TPIEI, relatou-se que no dia 15 de maio de 1993, no Quartel General dos *Jokers*, Furundžija e outro soldado interrogaram uma mulher. Durante o interrogatório, Furundžija pressionou uma faca contra a parte interna da coxa e a parte inferior do estômago da vítima e ameaçou penetrar seus órgãos genitais com a faca se ela não contasse a verdade. Depois disso, o outro soldado forçou a mesma mulher a realizar sexo oral e vaginal com ele. Furundžija estava presente no local durante todo o tempo e não tomou nenhuma medida para impedir as ações do soldado (TPIEI, 1998, p.15-16).

Em sua sentença, a Câmara de Julgamento decidiu que o uso do estupro durante detenções e interrogatórios pode assumir a forma de tortura. Segundo a *Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, tortura pode ser definida como:

[...] qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais

sanções ou delas decorram (BRASIL, 1991, art.1).

A Câmara de Julgamento indicou que violência sexual configura tortura quando usada pelo interrogador ou por outras pessoas envolvidas no interrogatório como meio de punir, intimidar, coagir ou humilhar o detento, ou obter informações ou uma confissão. Além disso, deve-se provar que a vítima sofreu dor e sofrimento agudos para configurar ato de tortura. Relevante destacar que o TPIEI expressamente citou o julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Lori Berenson-Mejía v. Peru*, e da Corte Europeia Direitos Humanos no caso *Aydin v. Turquia*, para fundamentar que um indivíduo pode ser torturado via estupro (TPIEI, 1998, p.64-65). Em sua sentença, a Câmara de Julgamento do TPIEI condenou Furundžija a dez anos de prisão pelos atos de tortura e a oito anos de prisão pelo estupro (TPIEI, 1998, p.112).

3.2 Caso Promotor v. Dragoljub Kunarac

Dragoljub Kunarac era o comandante de uma unidade especial de reconhecimento do Exército Servio-Bósnio na área de Foča, que se localiza na região leste da Bósnia-Herzegovina. Kunarac participou de uma campanha que visava “limpar” a área de Foča de todos os habitantes não sérvios. Um dos alvos da campanha foi a população civil muçulmana, particularmente as mulheres. Eles foram detidos em vários centros, onde as condições de higiene eram deploráveis e onde foram submetidos a muitos atos de violência física, incluindo múltiplos estupros. Para fins de ilustração, uma testemunha do caso foi estuprada por 15 soldados; outra por 3; e homens foram estuprados por soldados sérvios.

O julgamento do caso *Kunarac* é relevante por estabelecer uma relação entre estupro e discriminação. Os juízes indicaram que Kunarac agiu intencionalmente e com o propósito de discriminar entre os membros de seu grupo étnico (os sérvios) e os muçulmanos, em particular as mulheres e meninas desse grupo. Kunarac estuprou essas pessoas por serem muçulmanas, como é evidenciado pelas ocasiões em que o acusado disse às vítimas que elas iriam dar à luz bebês sérvios ou que elas deveriam “gostar de ter relações sexuais com um sérvio” (TPIEI, 2001, p.222). Diante disso, resta claro que o estupro também pode ser usado como meio de perseguição de certo grupo.

4. Casos do Tribunal Penal Internaiconal para Ruanda Sobre Estupro

O presente artigo analisará dois casos do TPIR que são relevantes para discutir a condição do estupro como um crime internacional. São eles: o *Caso Jean-Paul Akayesu* e o *Caso Rutaganda*.

4.1 Caso Promotor v. Jean-Paul Akayesu

Jean-Paul Akayesu é um ex-professor e atuou como prefeito da comuna de

Taba durante o genocídio dos tutsis pelos hutus, em Ruanda. Durante o genocídio ruandês, muitos tutsis foram mortos na comuna de Taba. Akayesu, além de não fazer nada para evitar essas mortes, pessoalmente supervisionou o homicídio de vários tutsis. Ele também forneceu uma lista de tutsis aos hutus e ordenou buscas de casa em casa para localizar tutsis. Ele foi preso em Zâmbia, em 1995, e levado para Arusha, na Tanzânia, para julgamento no TPIR.

O julgamento é relevante para diferenciar estupro de violência sexual. Segundo a Câmara de Julgamento no caso, o estupro é uma invasão física, de natureza sexual, do corpo humano, cometida sobre uma pessoa em circunstâncias que sejam coercitivas. A Câmara considerou violência sexual como qualquer ato de natureza sexual desferido contra uma pessoa em circunstâncias que sejam coercitivas.

A violência sexual pode englobar atos que nem envolvam contato físico. Um exemplo: Akayesu ordenou que os membros da milícia *Interahamwe* tirassem as roupas de um estudante e o coagiram a fazer ginástica nu no pátio público da comuna, na frente de uma multidão. Apesar de não haver contato físico direto com o corpo do menino, o forçando a fazer exercícios despido e em público, a coerção provocada pelas circunstâncias do momento já foram suficientes para configurar violência sexual (TPIR, 1998, para.688). Assim, ameaças, intimidação, extorsão e outras formas de coação, que se aproveitam do medo ou desespero das vítimas podem constituir coerção. Além disso, a coerção pode ser inerente em determinadas circunstâncias, tais como conflitos armados ou a presença da milícia *Interahamwe* entre as refugiadas tutsis na comuna (TPIR, 1998, para.688).

O Tribunal concluiu que Akayesu sabia desses crimes e nada fez. Ao contrário, ele até mesmo participou de alguns crimes ordenando os milicianos do *Interahamwe* a cometer atos de estupro ou violência sexual em prédios públicos da comuna. O Tribunal estabeleceu que um ataque generalizado e sistemático contra a população civil tutsi ocorreu em Taba - em sentido mais geral, em Ruanda como um todo -, entre 7 de abril e o final de junho de 1994. Assim, o Tribunal considerou que os estupros na comuna administrada por Akayesu foram parte de um ataque generalizado e sistemático contra a população civil étnica tutsi em Ruanda. Diante disso, eles configuram crimes contra a humanidade (TPIR, 1998, para.695).

4.2 Caso Promotor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda

Em 1991, Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda juntou-se ao *Mouvement Républicain National pour le Développement et la Démocratie*, um partido político de Ruanda. Posteriormente, ele foi nomeado o Segundo Vice-Presidente da sua ala juvenil, o *Interahamwe*. Durante o genocídio de Ruanda, o *Interahamwe* se tornou uma terrível milícia hutu.

Rutaganda participou do genocídio de diversas maneiras. Por exemplo, ele distribuiu armas, incluindo armas de fogo e facões, aos membros do *Interahamwe* e diretamente ordenou que a milícia matasse 14 tutsis e jogasse os corpos numa vala comum. Além disso, em abril de 1994, os membros do *Interahamwe*, com a participação de Rutaganda, se reuniram em frente a École Technique Officielle (ETO), uma

escola técnica localizada em Kigali - a capital de Ruanda -, que estava sendo protegida por membros da força de paz da ONU e que abrigava milhares de refugiados tutsis. Quando as tropas da ONU abandonaram seu posto, membros do *Interahamwe* e da Guarda Presidencial entraram no colégio e atacaram as pessoas que ali estavam, jogando granadas, disparando armas e matando pessoas com facões e porretes. Um grande número de tutsis foram mortos. Os sobreviventes (cerca de 4 mil pessoas) foram forçados a marchar até a cidade de Nyanza. Lá, a milícia separou os tutsis dos hutus e aniquilou os primeiros. Relevante destacar que Rutaganda também esteve presente em Nyanza quando esse massacre aconteceu.

Na marcha entre Kigali e Nyanza, os tutsis sofreram intimidações e ameaças pelos soldados e pelo *Interahamwe*, além de vários deles terem sido mortos. Durante a marcha e em Nyanza, mulheres e meninas eram separadas do grupo e estupradas pelos soldados e milicianos antes de ser mortas.

Em sua sentença, a Câmara de Julgamento do TPIR concluiu que o estupro pode até mesmo configurar um ato de genocídio. Destacou-se que genocídio deve ser entendido como aqueles atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. À luz dessa definição, a Câmara indicou que atos capazes de provocar danos graves à integridade física ou mental dos membros do grupo podem ser considerados atos de genocídio, incluindo tortura física ou mental, tratamento desumano ou degradante, perseguição, violência sexual e estupro. A Câmara determinou que os danos aos membros do grupo não precisam ser necessariamente danos permanentes ou irreversíveis (TPIR, 1999, p.26).

5. Tribunal Penal Internacional: Caso Promotor v. Jean-Pierre Bemba Gombo

Jean-Pierre Bemba Gombo é nacional da República Democrática do Congo (RDC), nascido em 1962. Na época dos fatos relevantes ao caso, ele era o Presidente do Movimento de Libertação do Congo (MLC), um partido político fundado por ele, e o comandante do seu ramo militar, o Exército de Libertação do Congo (ELC). Ele foi preso nos arredores de Bruxelas em 24 de maio de 2008, com fundamento no mandato de prisão expedido pelo TPI. Nesse momento, ele exercia o cargo de senador na RDC.

Os fatos do caso remetem ao ano de 2002, quando o Presidente da República Centro Africana (RCA), o senhor Ange-Félix Patassé, solicitou ao ELC que esse grupo atuasse em seu país, a fim de dizimar um movimento rebelde contra seu governo. O TPI analisou os atos cometidos pelo ELC entre 26 de outubro de 2002 e 15 de março de 2003, no território da RCA. Relevante notar que Bemba não esteve durante todo esse período na RCA, mas apenas fez algumas visitas para vistoriar as atividades do ELC.

No decurso do processo, foi provado que atos de estupro foram cometidos pelos membros do ELC contra a população da RCA, mas nenhum ato dessa natureza foi cometido diretamente pelo Bemba. Apesar disso, ele foi condenado diretamente por esses atos com fundamento na sua responsabilidade criminal individual. Isso porque:

(i) Bemba detinha controle e autoridade sobre o ELC na RCA: Segundo o TPI, Bemba era o comandante do ELC e líder do MLC. Nessas funções, o réu exercia controle e autoridade sobre os soldados que atuavam na RCA, já que emitia ordens, tinha o poder de nomeação, promoção e demissão de soldados, controlava as finanças e tinha linhas diretas de comunicação com os comandantes que atuavam na RCA. Além disso, atestou-se que Bemba tinha poder de disciplina sobre os membros do MLC e do ELC, incluindo o poder de iniciar investigações e estabelecer cortes marciais, além da capacidade de enviar ou retirar tropas da zona de combate. Assim, sabendo que Bemba tinha a autoridade decisória final sobre as operações militares e estratégicas, promoções e atribuições, logística, finanças e disciplina, pode-se concluir que ele agiu como o comandante militar dos soldados na RCA (TPI, 2016, p.341-435).

(ii) Bemba tinha conhecimento ou deveria ter das violações que ocorriam na RCA: Durante a ocorrência dos crimes na RCA, Bemba estava na RDC. Apesar disso, rádios, telefones por satélite, celulares e outros equipamentos de comunicação estavam a disposição dos comandantes do MLC na RCA, de forma que Bemba poderia ter facilmente tido conhecimento da situação do campo de batalha. Além disso, o réu visitou a RCA em várias ocasiões (TPI, 2016, p.346-350).

(iii) Bemba falhou em tomar medidas para evitar a ocorrência dos estupros e julgar e punir os responsáveis: Em relação aos crimes cometidos na RCA, Bemba fez praticamente nada. Ele, de fato, tomou certas medidas investigativas e disciplinares, mas todas tiveram um escopo muito reduzido e não foram eficazes. O TPI concluiu que essas medidas não foram tomadas para efetivamente lidar com os crimes ocorridos, mas apenas para dissipar críticas e melhorar a imagem do MLC (TPI, 2016, p.350-256).

(iv) Bemba falhou em efetivamente controlar os soldados sob seu comando: Apesar de Bemba estar na RDC, ele possuía meios efetivos para controlar os soldados e evitar os crimes de estupro. Ele poderia, por exemplo, assegurar a realização de treinamento consistente e adequado dos soldados; promulgar um Código de Conduta refletindo as exigências do Direito Internacional; supervisionar adequadamente os soldados; emitir ordens inequívocas aos seus soldados proibindo a ocorrência de estupros; ter investigado os crimes cometidos e punido os responsáveis. Se tais medidas tivessem sido implementadas, os crimes teriam sido reduzidos ou eliminados, já que teria dissipado o clima de aquiescência generalizado que existia entre os soldados. Diante disso, a conduta de Bemba contribuiu diretamente para a continuidade e intensificação da ocorrência dos crimes na RCA, incluindo os estupros (TPI, 2016, p.356-358).

Esses elementos relevam que um réu pode ser condenado pelo crime de estu-

pro ainda que não tenha, ele mesmo, cometido a conduta típica. Trata-se da doutrina da responsabilidade dos comandantes, segundo a qual o réu/comandante que não cumpre a sua obrigação de controlar as suas tropas e disciplinar as pessoas envolvidas em atividades ilícitas deve ser punido pelos crimes cometidos pelos subordinados.

6. Conclusão

Estupro e outras formas de violência sexual são absolutamente proibidos pelo Direito Internacional, sendo que o cometimento desses atos, conforme as circunstâncias, podem configurar até mesmo crimes internacionais. O estudo do arcabouço normativo e jurisprudencial internacional aqui feito revela que o estupro pode configurar um crime contra a humanidade, um crime de guerra e até mesmo um ato genocida.

Também se demonstrou que um réu pode ser condenado e punido por atos de estupro ainda que feitos por terceiros. Isso é possível devido a doutrina da responsabilidade dos comandantes, segundo a qual os comandantes devem controlar, disciplinar e punir seus subordinados na ocorrência de violações graves do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ainda segundo essa doutrina, os comandantes possuem o dever de tomar todas as medidas cabíveis para prevenir a ocorrência dessas violações ou evitar a sua repetição. Com isso, os líderes militares têm a obrigação de prevenir e, se for o caso, punir os estupros cometidos nos campos de batalha.

Referências Bibliográficas

BRASIL, *Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, Decreto no 40, de 15 de fevereiro de 1991.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003.

GAGGIOLI, Gloria. “Sexual violence in armed conflicts: A violation of international humanitarian law and human rights law”, *International Review of the Red Cross*, Vol.96, no.894, 2014, 503-538.

JUNIOR, Arno Dal Ri e ZEN, Cássio Eduardo. “Entre Versailles e Roma - A instituição de uma jurisdição penal internacional permanente como virada paradigmática na história do Direito Internacional”, 1-27. In STEINER, Sylvia Helena e BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coords). *O Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma*, Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

MITCHELL, David S. “The Prohibition of Rape in International Humanitarian Law as a Norm of *Jus Cogens*: Clarifying the Doctrine”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol 15, 2005, 219-257.

NETO, José Cretella. *Curso de Direito Internacional Penal*, Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*, 3 ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI). *Elementos dos Crimes*, Official Records of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First session, New York, 3-10 September 2002.

_____. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Case No. ICC-01/05-01/08-3399, Judgment (Trial Chamber III), 21 June 2016.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA (TPIE). *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Case No. IT-95-17-1, Judgment (Trial Chamber), 10 December 1998.

_____. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac and Others*, Case No. IT-96-23&23/1 (Trial Chamber), 22 February 2001.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA (TPIR). *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4, Judgment (Trial Chamber), 2 September 1998.

_____. *Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3-T, Judgment (Trial Chamber I), 6 December 1999.

CULTURA DO ESTUPRO? ENUNCIADOS JURÍDICOS EM CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Jéssica Soares Martins¹

Lisandra Espíndula Moreira ²

Deborah Lemos Lobato de Araújo³

RESUMO: Este artigo analisa decisões monocráticas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em casos de estupros de vulneráveis e tem como objetivo problematizar os enunciados de relativização e banalização do crime que utilizam da culpabilização da vítima. Trata-se de um recorte da pesquisa “Gênero e Sexualidade na Jurisprudência”. Os materiais que compõem este recorte foram obtidos na jurisprudência do STJ, a partir dos descritores “estupro” e “homossexualidade”. Ao todo, analisaram-se 16 decisões monocráticas, datadas entre 2009 e 2016, sendo três citadas no presente artigo. Como metodologia, realiza-se a análise do discurso que procura identificar o que possibilitou o uso dessa argumentação no contexto jurídico e as redes acionadas quando essas proposições são ditas. Dessa forma, a partir das enunciações presentes nos documentos, elencamos três modos de argumentação que, ao tomar como foco a vítima, minimizam a violência do estupro e visam garantir a improcedência da acusação: 1) o consentimento; 2) o conhecimento sobre educação sexual e 3) o comportamento traumático após o crime. Compreende-se que a violência sexual, mesmo penalmente reprovável, alicerça-se em justificativas que acusam a mulher e seus comportamentos e, mesmo vitimando vulneráveis, atribui uma moralidade aos menores, referenciando-se a seus corpos ou, até mesmo, a educação.

Palavras-chave: Estupro, Vulnerável, Cultura do Estupro, Jurisprudência

ABSTRACT: This article analyzes monocratic decisions of the Brazilian Superior Court of Justice (SCJ) in cases of rape of vulnerable and aims to discuss relativism and trivialization of the crime statements that use the blaming of victim. It is part of the “Gender and Sexuality in Jurisprudence” research. The materials that make up this cut were obtained in the case law of the SCJ with the descriptors “rape” and “homosexuality.” Altogether, we analyzed 16 monocratic decisions, that happened between 2009 and 2016, three are mentioned in this article. As methodology, we carried out the analysis of discourse which seeks to identify what allowed the use of this

¹ Jéssica Soares Martins: graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil). jessica-soaresm95@gmail.com

² Lisandra Espíndula Moreira: Doutora em Psicologia e Professora da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas/UFMG. lisandra.moreira@ip.ufal.br

³ Deborah Lemos Lobato de Araújo: graduanda em Psicologia pela Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil). deborahlemos1295@gmail.com

argument in the legal context and driven networks when these proposals took place. Thus, from the utterances present in the documents, we list three modes of argument that by taking focused the victim, minimize the violence of rape and aim to ensure the unfoundedness of the complaint: 1) consent; 2) knowledge about sex education and 3) the traumatic behavior after the crime. It is understood that sexual violence, even criminally reprehensible, is grounded on reasons that accuse the woman and their behavior and, even with vulnerable victims, attaches morality to minors, by referring to their bodies or even their education.

Keywords: Rape, Vulnerable, rape culture, Jurisprudence

1. Introdução

Este trabalho busca colocar em questão os enunciados que analisam a vítima de estupro de vulneráveis presentes nos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ). De maneira geral, em tais casos, problematizamos o quanto, a partir da relativização e banalização do crime, as argumentações culpam a vítima pela violência sexual praticada por terceiros, mesmo quando esta é menor de 14 anos. A partir de uma análise crítica desses materiais e dos discursos desculpantes da violência sexual que perpetuam na sociedade, propomos a problematização da cultura do estupro como fenômeno social que permeia também a esfera jurídica, produzindo argumentações nos tribunais.

Trata-se de um recorte da pesquisa “Gênero e Sexualidade na Jurisprudência” que analisa acórdãos provenientes dos Tribunais de Justiça (TJ) da região sudeste atravessados por questões de gênero e sexualidade como forma de articulação interdisciplinar entre Direito e Psicologia. Diante da diversidade de documentos acessados, o interesse por essa temática surgiu frente à apelação criminal nº 429.974.3/3 (2007) do TJ de São Paulo, na qual uma menor de 13 anos foi violentada por um familiar e em meio às argumentações levantadas pela vítima, ela afirma que “não oferecia resistência por medo dele lhe atribuir a falsa qualidade de ‘sapatão’, tal como alega teria feito isso com uma tia” (Apelação criminal nº 429.974.3/3, 2007). O acusado foi, então, inocentado em segunda instância. Dentre as alegações mencionadas, a decisão refere-se à personalidade da vítima e seu conhecimento sobre educação sexual.

O debate também foi impulsionado pela repercussão do estupro coletivo ocorrido no Rio de Janeiro contra uma adolescente de 16 anos no primeiro semestre de 2016. O caso tornou-se emblemático pela brutalidade do ato e pelos apontamentos que acusavam a jovem como responsável pela transgressão, proferidos pelos suspeitos, por parte da população e pelo primeiro delegado responsável que duvidou do depoimento da menor. Cabe então refletir sobre a forma como esses discursos penetram nas instâncias responsáveis pela solução da questão.

Atualmente, o crime de estupro encontra-se positivado na legislação brasileira, no artigo 213 do Código Penal de 1940, no qual se configura como “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Ressalta-se que tal

caput foi proposto pela Lei nº 12.015 de 2009, que também alterou o Título VI do Código, “Dos crimes contra os costumes” passou a ser identificado adequadamente como “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Anteriormente, a violência sexual era consumada somente se o sujeito passivo fosse uma mulher e com a efetiva conjunção carnal (“constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, redação original). Além disso, a lei estabeleceu que o critério etário (menor de 14 anos) define a existência da presunção de violência em crime de estupro de vulneráveis (artigo 218). Por entendimento do STJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), tal presunção seria absoluta.

A hipótese da existência de uma cultura do estupro no Brasil se dá pela evidência de certa moralidade sexual, que tende a banalizar a violência praticada contra quem subverte comportamentos tidos como normais. Ou seja, quando um comportamento sexual, preponderantemente masculino, que de fato transgride as normas legais e morais praticando a violência sexual, incoerentemente recebe respaldo por um valor construído cultural e socialmente de que agressores possuem justificativas ou legitimidade na execução do crime, com base em determinadas atitudes da vítima. Torna-se essencial pensar de que modo essa situação se atualiza no judiciário, produzindo efeitos de argumento jurídico, uma vez que as alterações necessárias na legislação já foram feitas como visto anteriormente. Entre os discursos atuais que permitem a produção dessas argumentações nos tribunais e a discricionariedade do juiz, é imprescindível ponderar as consequências de tais posicionamentos.

Ainda cabe ressaltar as questões pontuadas pelo conceito gênero, que pretende ser trabalhado neste artigo enquanto se analisa a jurisprudência e que não deve ser esgotado, pois traz consigo diversas construções, teorias acadêmicas e lutas sociais. Para isso, adotamos a perspectiva da filósofa feminista Judith Butler sobre a teoria queer trabalhada em *“Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão da Identidade”*. Ao tomar a heteronormatividade como uma ordem compulsória atual, Butler (2015) entende que não existe uma coerência entre o sexo biológico, o gênero como performatividade e o desejo, enquanto afeto e atração. Assim,

O gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado (uma concepção jurídica); tem de designar também o aparato mesmo de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos. Resulta daí que o gênero não está para a cultura como o sexo para a natureza; ele também é o meio discursivo e cultural pelo qual ‘a natureza sexual’ ou um ‘sexo natural’ é produzido e estabelecido como ‘pré-discursivo’, anterior à cultura, uma superfície politicamente neutra sobre a qual age a cultura. (BUTLER, 2015, p. 27).

Dessa forma, gênero seria uma construção social, o que refuta a tendência do determinismo biológico do sexo, no qual se entende que a dicotomia “feminino e masculino” não consegue abranger todas as possibilidades para além de tal concepção, de abranger corpos que são desviantes e incompreensíveis para a matriz heterossexual.

Para compreender as relações discursivas que sustentam essas posições no judiciário, utilizamos ferramentas metodológicas da análise do discurso que procura identificar o que possibilitou o uso dessa argumentação no contexto jurídico e as redes acionadas quando essas proposições são ditas. Dessa forma, a partir das enunciações presentes nos documentos, elencamos três modos de argumentação que, ao tomar como foco a vítima, minimizam a violência do estupro e visam garantir a improcedência da acusação: 1) o consentimento; 2) o conhecimento sobre educação sexual e 3) o comportamento traumático após o crime. A partir da descrição e problematização desses pontos, lançamos algumas considerações sobre o modo como o estupro contra vulneráveis carrega marcas das normatizações de gênero e sexualidade.

2. Metodologia

Dentre as instâncias de encaminhamento de situações de violência sexual, buscou-se revisar como a jurisprudência tem trabalhado com essas argumentações. Devido a sua influência romano-germânica, o Brasil atribui uma maior importância à legislação como fonte do direito do que as decisões uniformes dos tribunais, mas são nestas que se verificam a consolidação da legislação, sua transformação histórica e a criação de precedentes para novas interpretações, até mesmo legislativas. (DINIZ, 2009, p.301).

Essa pesquisa dialoga com um conjunto de pesquisas que tomam em análise documentos da jurisprudência de diferentes instâncias jurídicas (MOREIRA, 2013; MOREIRA e TONELI, 2014). Trabalhar com os materiais da jurisprudência se mostra uma estratégia metodológica que tem dupla implicação: possui “caráter histórico, pois permite analisar como tem sido utilizados alguns enunciados e, caráter futuro, tendo em vista que a utilização de suas enunciações serve como precedente para legitimar decisões vindouras semelhantes” (MOREIRA e TONELI, 2015).

Os materiais que compõem este recorte foram obtidos na jurisprudência do STJ, a partir dos descritores “estupro” e “homossexualidade”. Ao todo, analisamos 16 decisões monocráticas, datadas entre 2009 a 2016, sendo três selecionadas para comporem a discussão do presente artigo. O STJ foi o escolhido, uma vez que é a última instância capaz de identificar a ocorrência da infração penal e impedir que fundamentações deturpadas sejam aceitas. Como metodologia, realiza-se a análise do discurso.

Discurso não se trata apenas de uma fala ou escrita, mas do modo como o que está dito estabelece relações de poder e de saber. Foucault expõe a ligação do discurso com as questões de desejo e poder. O discurso “não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo porque, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar” (FOUCAULT, 2006, p.10). Cabe salientar que uma análise do discurso é feita sobre o que está posto e não é uma investigação do sentido oculto, do que está por trás das práticas que o constituem. Dessa maneira, até mesmo o silêncio é passível de análise.

3. Análise e Discussão

3.1 Consentimento

A noção de consentimento é fundamental para pensar o crime de estupro, visto que este ocorre mediante a recusa do sujeito em praticar o ato sexual/libidinoso. Iniciamos a problematização das argumentações acerca desse conceito apresentando o recurso especial nº 1.591.416 do Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ) levado ao STJ. Nesse caso, o crime ao qual o réu responde é de “Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável” (artigo 218-B do Código Penal), por ter persuadido duas vítimas (meninos) menores de 14 anos a receberem sexo oral mediante uma troca de ingressos para um parque. O réu foi condenado na primeira instância, porém absolvido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) dada a “atipicidade da conduta, haja vista o consentimento dos menores” (Recurso especial nº 1.591.416, 2016). O relator evidencia o consenso do ato, assim como a consciência de tal ação por todos os envolvidos. Ou seja, haveria uma escolha racional e o consentimento não possuiria restrições de liberdade e preferências condicionadas por relações de poder prévias.

Em um meio no qual a cultura do estupro é constantemente reiterada, fazendo repercutir um comportamento dominante da figura masculina e o de subserviência da feminina, é preciso considerar que o “sim” pode ser oriundo de uma falta de oportunidade de recusa, de uma violência tolerada ou, até mesmo, de uma violência não percebida como tal (BIROLI, 2013, p.137). No caso em questão, as relações de gênero se associam a construções sobre sexualidade, pois todos os envolvidos são do sexo masculino, mas identificados (inclusive os adolescentes) no documento da segunda instância como homossexuais. Informação presente na súmula do TJRJ, na seguinte sequência: “Prática de sexo oral consentido. Acusado e vítimas homossexuais. Fatos imputados que não configuram o tipo penal de exploração sexual de vulneráveis” (Recurso especial nº 1.591.416, 2016).

Não é somente a coação, como grave ameaça, característica necessária para provar o estupro, uma vez que o consentimento pode ser deturpado por uma falsa autonomia, dado que nessas situações há constantemente uma relação assimétrica entre o agressor e a vítima. No caso supracitado, o STJ dá provimento ao recurso do MP por considerar o ato um crime, independente do consentimento, por tratarem-se de menores de 14 anos.

Um segundo caso importante de ser resgatado refere-se a recursos interpostos pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP) para revisar a absolvição (concedida pelo TJSP) de réus acusados pelos artigos 213, 214 e 224 do Código Penal, e no artigo 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, correspondentes aos crimes de “Estupro”, “Atentado violento ao pudor” (revogado pela Lei nº 12.015/2009), “Presunção de violência” (também revogado pela Lei nº 12.015/2009) e “Submeter criança ou adolescente, [...], à prostituição ou à exploração sexual”, respectivamente⁴. O caso tensiona a possibilidade de consentimento ao apresentar a fala de um dos adolescentes menores de 14 envolvido: “Esclareço que faço isto porque

⁴ O caso aparece em mais de um documento, por tratar-se de vários réus. São eles: Recurso Especial 1.326.534, Recurso Especial 1.330.736, Recurso Especial 1.330.560 e Recurso Especial 1.324.575.

gosto, não procuro tirar proveito disto” (Recurso especial 1.326.534, 2015).

O que parece estar sendo acionado nesses enunciados são os limites e tensões entre a noção de violência, coerção, autonomia e consentimento. A defesa se utiliza dessa narrativa para argumentar que o ato não constitui violência, apontando para a autonomia do sujeito: “restou comprovado que não houve violência real contra as vítimas ou coação para a prática dos atos sexuais” (Recurso especial 1.326.534, 2015). Entretanto, nenhum desses conceitos possui contornos absolutos, abrindo espaço para o questionamento por um lado, dos direitos sexuais, mas por outro, o questionamento das práticas coercitivas que tensionam a autonomia dos agentes envolvidos em práticas sexuais quando existem certas hierarquias de idade e de condições financeiras, conforme o que podemos supor nesse caso. Nesta situação em questão, o posicionamento do STJ reforça em absoluto a presunção de violência para menores de 14 anos e anula a absolvição concedida na instância anterior.

3.2 Conhecimento sobre educação sexual

Outro ponto importante na análise diz respeito às argumentações sobre o conhecimento acerca de sexo e sexualidade, assim como a vida sexual progressa na tentativa de desconstruir a noção de vulnerabilidade e inocência que dariam sustento à presunção de violência para vítimas menores de 14 anos. No mesmo caso anterior, além da utilização da narrativa de um dos adolescentes como argumentação de consentimento e não violência, apresenta-se a análise da vida sexual dos adolescentes envolvidos.

In casu, as três vítimas contavam a idade de 13 anos, razão pela qual é possível analisar-se a relativização da vulnerabilidade. Há, nos autos, informações de já serem as vítimas iniciadas na vida sexual, inclusive prostituindo-se por dinheiro em diversas outras ocasiões. A vítima C. relata ter sua primeira experiência sexual de forma natural, com um namorado, quando tinha a idade de 12 anos. Em seguida, começara a se prostituir, razão pela qual foi enviada para um abrigo de menores. Narra ter praticado conjunção carnal com as pessoas de A., J., O., V., G., D., e com o próprio apelante, sempre recebendo quantia em dinheiro.

D., por sua vez, narra ser homossexual, tendo mantido sua primeira relação sexual aos 10 anos de idade. Relata ter mantido relações homossexuais com as pessoas de J., O., J. P., e A. D., dentre outros, por vezes recebendo dinheiro pela prática sexual (Recurso especial 1.326.534, 2015).⁵

Nesse caso, o relato detalhado de várias situações de práticas sexuais vinculadas aos adolescentes busca construir a ideia de que o fato narrado como crime seria um entre vários acontecimentos tidos como corriqueiros na vida das vítimas. A

⁵ Optamos por informar apenas a inicial do nome dos envolvidos. Cabe salientar que, mesmo tratando-se de adolescentes de 13 anos, os documentos referem o nome das vítimas em questão.

argumentação se completa não na negativa da prática ou da autoria, mas na desqualificação dessa prática enquanto crime: “Manter relação sexual não é explorar.” (Recurso especial 1.326.534, 2015). Há uma disputa linguística, onde o uso da palavra carrega a intencionalidade de definição do contorno de uma prática. É contraditório pensar que a defesa tenta desqualificar o crime construindo a ideia de que as vítimas mantêm relação sexual por dinheiro, o que poderia ser aproximado da prostituição. Entretanto, essa construção é bastante frágil, tendo em vista que mesmo profissionais do sexo podem ser vítimas de estupro e, compreendendo a prostituição como um trabalho, ele não seria possível de ser executado, assim como qualquer outro ofício por menores de 14 anos.

O que nos cabe apontar é que a utilização da vida sexual pregressa e o conhecimento sobre sexo e sexualidade como forma de questionamento da vulnerabilidade dos adolescentes não aparece como prática isolada nos documentos jurídicos. É necessário salientar que na maior parte dos documentos analisados no STJ essa argumentação não será legitimada, mas quando esses documentos retomam a análise da segunda instância fica evidente que de algum modo esses enunciados ainda funcionam em alguns espaços.

Outro documento que apresenta essas análises é o recurso especial nº 1.383.320 do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG). O documento apresenta a revisão de decisão da segunda instância no caso de acusação de “Atentado violento ao pudor” contra um adolescente menor de 14 anos. O relator do TJMG deixa claro que o sujeito passivo não era de todo inocente ou “totalmente desinformado quanto à sexualidade, pois, neste particular, sua tia afirmou que ‘já falou sobre sexo’ com ele ‘como toda mãe e toda tia falaria’” (Recurso especial 1.383.320, 2013). Para corroborar sua visão, o magistrado ainda afirma que “[...] a generalização das coisas do sexo é fartamente exposta em programas televisivos (filmes, novelas [...])” (Recurso especial 1.383.320, 2013) e, por isso, concede a absolvição ao réu. Dado novamente o entendimento do STJ de que a presunção de violência em tais casos é sempre absoluta, o ministro deu provimento ao recurso e restabeleceu a sentença condenatória.

A inclusão da educação sexual na pauta colegial e a maior liberdade que o tema encontra ao ser exposto em conversas familiares reflete uma necessidade demonstrada pela “Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar” de 2012, na qual 28,7% de adolescentes em idade escolar já tiveram a sua primeira relação sexual. O próprio estudo ressalta que “a orientação e o cuidado podem resguardar o adolescente da gravidez precoce e do contágio de doenças sexualmente transmissíveis” (IBGE, 2012), evidenciando a necessidade da exploração do assunto. O que se vê no recurso especial anterior é o Tribunal utilizando daquilo que é uma orientação para o menor preservar a sua saúde de maneira a lhe criar uma reputação negativa. O que reforça que se tratando de crimes sexuais, a imagem da vítima e sua moralidade são diretamente confrontadas por quem lida e julga o crime (OLIVEIRA, et al., 2005, p.379).

Ainda neste ponto, cabe refletir sobre como o adolescente torna-se mais vulnerável quando vítima do crime sexual, uma vez que sua educação é usada contra ele próprio a fim de garantir a perpetuação de uma moralidade que ainda trata como tabu a sexualidade entre os jovens. Isso nos leva a questionar as situações limítrofes

que essa constatação pode no levar, principalmente quando o menor em questão já é sexualmente ativo ou, até mesmo, admite um gênero ou sexualidade diferente daquilo que a matriz heterossexual, ainda presente nos tribunais, exige.

Apesar de ser uma necessidade e, mais do que isso, uma realidade no contexto atual, a sexualidade e o sexo ainda são virtude e ato íntimo, respectivamente, ligados ao patriarcado diante dos tribunais. Assim, percebe-se que as instâncias judiciais podem admitir argumentações com discursos de valor intrinsecamente ligados a essas características e a inocência da vítima depende de uma imagem que corrobore com os padrões esperados. No entanto, não se julga o acusado da mesma maneira ou analisa suas construções sociais e individuais que o permitiram encontrar na violação da liberdade sexual do corpo alheio um ato de poder, que como se vê, é respaldado e justificado no comportamento do sujeito passivo.

3.3 Comportamento traumático após o crime

Por fim, ainda tratando do recurso especial anterior, é possível identificar uma expectativa do TJ quanto ao comportamento da vítima que “perto de completar 14 anos de idade, não seria tarefa difícil [...], pelo menos tentar se livrar das investidas do apelante, seja gritando para chamar atenção da vizinhança, seja fugindo, etc. E nada disso ocorreu.” (Recurso especial 1.383.320, 2013). O relator reforça que o adolescente acolheu o pedido do agressor de não contar para ninguém sobre os atos praticados, o que levaria a crer que a vítima não ficou traumatizada suficiente.

Percebe-se que não basta que a violência tenha ocorrido de fato, é necessário que a vítima se comporte de tal maneira a evidenciar aspectos de fragilidade e traumas que corroborem com uma imagem virtuosa. Tal aspecto é anterior aos tribunais, desde o momento que ela é atendida na delegacia ou quando deve comprovar o estupro em caso de gravidez para o procedimento do aborto, verifica-se que “é preciso ainda que a mulher se comporte como vítima” (DINIZ, et al., 2014, p.296) em tais situações. Mesmo sendo um direito da mulher e sua palavra, como vítima, deveria se sobressair em tais questões, essa recomendação não é seguida, mas sim invertida. É necessário investigar, inquirir e explorar toda a sua narrativa que, ao menor sinal de incoerência, é descartada do processo abortivo.

É de se pensar que tais necessidades, além de impor um comportamento que, inevitavelmente, levará a revitimização comprometendo sua saúde psicológica, exige um comportamento que refletirá uma percepção de incapacidade de superação feminina, quando esta é vítima. A dificuldade de provar um estupro perpassa pela prova testemunhal e material, ambas não são evidências ocorrentes com frequência, o que é um dos motivos para se especular que a quantidade de crimes sexuais cometidos no Brasil seja superior aos dados que se tem com base em denúncias nas delegacias.

Verifica-se que, com esse comportamento de julgamento da vítima, essa que já se encontrava em uma situação assimétrica com seu algoz, também se vê na mesma posição perante a justiça. A insistência em buscar um motivo que justifique o crime com base no comportamento e figura da vítima demonstra como o judiciário pode ser falho em sua pretensão de neutralidade e, ao exigir o comportamento traumático, ele

projeta no sujeito que recorre a ele uma imagem que é sustentada por valores morais, pelo machismo e o patriarcado. Essas questões vão novamente recair na construção de um julgamento que toma como foco a imagem da vítima e não a ação do réu, como forma de estabelecer a verdade.

Cabe aqui refletir sobre como essa exigência já é confrontada com movimentos como a “Marcha das Vadias”, um protesto vinculado às demandas feministas que repreende violências sexuais e de gênero que tomam como base o comportamento e os corpos das vítimas, mulheres. O corpo, então, é a principal reivindicação que exige a liberdade de ser, refletido no lema “Se ser livre é ser vadia, então somos todas vadias”. O termo vadia deixa de ser algo repellido e é ressignificado como empoderamento feminino (GOMES; SORJ, 2014). Assim, a figura da vadia não é afastada das mulheres, mas sim assumida por elas, uma vez que a liberdade é meio pelo qual o ser não precisa se adequar a nenhum padrão e deve ser respeitado por quem ele é.

4. Considerações finais

As três argumentações anteriormente elencadas, que relativizam a violência sexual, estão alicerçadas no que aqui chamamos de cultura do estupro. Ou seja, a confirmação da violência no âmbito jurídico requer uma análise da postura da vítima mais do que do ato em si ou da responsabilização do acusado.

Analisando os documentos do STJ, foi possível identificar que a cultura do estupro atravessa a jurisprudência das instâncias anteriores na medida em que o discurso de defesa dos réus é marcado pela desconstrução da palavra da vítima, apontando comportamentos possivelmente provocativos, como atitudes sexualizadas no seu cotidiano, aspectos de sua vida sexual e afetiva com pessoas a sua volta e, até mesmo, as maneiras de se vestir que poderiam motivar a violência sexual. Há questionamentos também quanto ao consentimento da vítima que, ao ser admitido de maneira expressa e sem investigação, vulnerabiliza ainda mais o sujeito passivo, que constantemente deve reafirmar a sua inocência, ao contrário do réu. Nem mesmo os aspectos da educação conseguem passar ilesos dentro dessa perspectiva.

A mudança do foco investigativo do agressor e do ato criminoso em direção à vítima e aos aspectos da sua vida demonstra que a cultura do estupro se infiltra de diferentes formas também nas instâncias jurídicas, funcionando como argumentos de defesa. Pelos documentos analisados, esses argumentos produzem efeitos jurídicos de maneira mais intensa nas decisões dos TJs, levando inclusive a absolvições.

Entendendo o âmbito jurídico como um campo do saber e, mais do que isso, um campo de produção de verdades, é de extrema importância produzir formas de resistências para tais argumentações. O STJ nos dá um indício de que isso é possível, pois na maior parte dos documentos as absolvições foram revistas, geralmente com a utilização da noção de presunção de violência por se tratarem de menores de 14 anos.

Entretanto, é preciso considerar que, ao ser uma das instâncias mais altas a se alcançar, o seu acesso ao STJ não é fácil. Ao se defrontar com uma decisão de absolvição na segunda instância, a vítima poderá não ter recursos ou vontade para seguir com

a demanda visto que isso também demandará. Além disso, a condenação em função da vítima ser menor de 14 anos é um argumento que sustenta a decisão nesses casos, mas perigoso porque, no caso de adolescentes maiores de 14 anos ou adultos(as) a análise da vítima pode ser colocada como ponto primordial de investigação.

Referências Bibliográficas

BIROLI, Flávia. Democracia e tolerância à subordinação: livre-escolha e consentimento na teoria política feminista. *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, n. 48, p. 127-142, Dez. 2013.

BRASIL. Código Penal (1940). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 26 de jul. de 2016.

_____. Jurisprudência/STJ – Decisões Monocráticas. Recurso especial nº 1.326.534 – SP (2012/0110418-2). Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: OFL. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília (DF), 19 de maio de 2015.

_____. Jurisprudências/STJ - Decisões Monocráticas. Recurso especial nº 1.383.320 – MG (2013/0165202-6). Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: H W DE C. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília (DF), 1º de agosto de 2013.

_____. Jurisprudências/STJ - Decisões Monocráticas. Recurso especial nº 1.591.416 - RJ (2016/0089877-8). Recorrente: Ministério Público do Rio de Janeiro. Recorrido: J C DA SS. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília (DF), 05 de maio de 2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo (5ª Câmara da Seção Criminal). Apelação criminal nº 429.974.3/3- Taquarituba. Apelantes: Salvador Nunes e outros. Apelados: Justiça Pública e outros. Relator: Marcos Zanuzzi. São Paulo, 15 de março de 2007.

BUTLER, Judith P. Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão da Identidade. 8ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

DINIZ, Debora; DIOS, Vanessa Canabarro.; MASTRELLA, Miryam; MADEIRO, Alberto Pereira. A verdade do estupro nos serviços de aborto legal no Brasil. *Revista Bioética*, v. 22, nº 2, p. 291-298. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422014222010>>. Acesso: 26 de jul. de 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 296-308

FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso: Aula Inaugural no Collège de France,

pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad. Laura de Almeida Sampaio. 13ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

GOMES, Carla; SORJ, Bila. Corpo, geração e identidade: a Marcha das vadias no Brasil. *Revista Sociedade e Estado*, v. 29, nº 2, p. 433-447. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v29n2/07.pdf>>. Acesso em 29 de out. de 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv64436.pdf>>. Acesso: 28 de jul. de 2016.

MOREIRA, Lisandra Espíndula. Paternidade, família e criminalidade: uma arqueologia entre o Direito e a Psicologia. Tese de doutorado não-publicada. Programa de Pós-Graduação em Psicologia. UFSC. Florianópolis, 2013.

_____; TONELI, Maria Juracy F. Paternidade, família e criminalidade: uma arqueologia entre o Direito e a Psicologia. *Psicologia & Sociedade*, 26(n. spe.), 36-46, 2014.

_____; TONELI, Maria Juracy Filgueiras. Abandono Afetivo: Afeto e Paternidade em Instâncias Jurídicas. *Psicologia: Ciência e Profissão (Online)*, v. 35, p. 1257-1274, 2015.

OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de; BARBOSA, Rosana Machin; MOURA, Alexandre Aníbal Valverde M. de; KOSSEL, Karen von; MORELLI, Karina; BOTELHO, Luciane Francisca Fernandes; STOIANOV, Maristela. Atendimento às mulheres vítimas de violência sexual: um estudo qualitativo. *Revista Saúde Pública*, v. 39, n 3, p. 376-382

JURISPRUDÊNCIA EM CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL: CONSENTIMENTO E VULNERABILIDADE PRA QUEM?

Marcela Santos¹

Mariana Moreira Silva²

Miriam Marinho³

Lisandra Espíndula Moreira⁴

RESUMO: Este artigo se propõe a discutir as relações de poder acerca das questões de gênero e sexualidade presentes em um caso de estupro de vulnerável da Jurisprudência de São Paulo. Pretendeu-se fazer algumas reflexões a respeito de como podemos, a partir dos próprios enunciados presentes nos documentos, encontrar vestígios do que move e possibilita tais decisões, mas também todo um conjunto de desdobramentos sociais acerca do que é ser mulher, do que é ser criança, e sobretudo quem pode acessar esses discursos. Conclui-se que através do diálogo da Psicologia com o Direito, é possível tensionar e sobrepor discursos que enrijecem e privilegiam apenas uma parcela dominante com novos discursos que possibilitem maior fluidez nas relações, trânsito de identidades, e equidade no acesso da jurisprudência.

Palavras-chave: Jurisprudência, sexualidade, consentimento e vulnerabilidade.

ABSTRACT: The purpose of this paper was to discuss power relations on the gender and sexuality issues present in a vulnerable rape case in São Paulo Jurisprudence. Some reflections were made to show that in the statements presented in the documents we can find traces of what moves and enables such decisions, as also as a set of social consequences of what means being a woman and being a child, but above all of it, it is possible to realize who can access such speeches. In conclusion, through the Psychology dialogue with Law, it is possible to tight and overlay speeches which stiffen and favor only a dominant share with new discourses that allow greater fluidity in relations, transit of identities and mostly equity in Jurisprudence access.

Keywords: Jurisprudence, sexuality, consent e vulnerability.

1. Introdução

¹ Graduanda em Psicologia pela Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil). E-mail: marcela_santos05@hotmail.com.

² Graduanda em Psicologia pela Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil). E-mail: marimoreira7@yahoo.com.

³ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Brasil). E-mail: miriamires@yahoo.com.br.

⁴ Orientadora. Doutora em Psicologia e Professora da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas / UFMG. E-mail: lisandra.moreira@ip.ufal.br

A invenção ou ratificação de certos enunciados, relativizando o crime de estupro, geram efeitos não só nas decisões judiciais, mas na sociedade como um todo. Dessa maneira, esse trabalho visa trazer algumas elucidações a respeito do conceito de consentimento e vulnerabilidade na esfera da jurisprudência, tomando em análise um acórdão referente a caso de estupro de vulnerável. Por meio da análise dos discursos que permeiam esse material, tentaremos fazer algumas considerações sobre as argumentações das decisões judiciais a partir da conduta da vida da vítima, e, sobretudo, da necessária compatibilidade que o seu depoimento deve ter com os discursos elegidos para ser levado em consideração. Problematicamos como esses discursos se contradizem, ora se relativizam, ora são literais, pela sobreposição do que se entende por inocência infantil e livre-escolhas moldadas por relações de poder que garantem a funcionalidade desses discursos nas esferas sociais.

Com a Lei 12.015/09 altera-se o artigo 218 do código Penal prevendo que qualquer ato libidinoso com alguém menor de 14 anos trata-se de estupro de vulnerável. Nesse enredo, surgem várias discussões. O maior tensionamento pauta-se nos casos em que o acusado tenta provar o consentimento da vítima sobre o ato. Apesar do artigo 218 tentar encerrar tal discussão, mostrando como absoluta a decisão de condenação nesses casos, observa-se a permanência de certos discursos de cunho moral nas decisões.

Cabe sinalizar que essa análise é um recorte da pesquisa: Gênero e sexualidade na jurisprudência, que tem como objetivo principal “analisar os enunciados a respeito de gênero e sexualidade em documentos jurídicos dos Tribunais de Justiça dos estados da Região Sudeste do Brasil, problematizando as demandas feitas ao judiciário e os discursos que sustentam esses enunciados” (MOREIRA, 2016). Numa etapa piloto da pesquisa, buscamos documentos nos arquivos de jurisprudência através de descritores que fizessem menção à questão da sexualidade. A pesquisa iniciou-se com a busca pelos termos “lésbica” e “sapatão” e nos levou a esse documento que trata de um estupro de vulnerável.

Desse modo, tentaremos esboçar aqui quais as regras que possibilitam certos enunciados e seus efeitos na decisão judicial.

2. As dinâmicas das relações de poder na jurisprudência

Ancorados pelo método empreendido por Foucault (1972; 1999; 1999^a), tomamos em análise o material discursivo presente em um acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Os discursos são as engrenagens que permitem ou proíbem, inventam ou apagam o movimento histórico e institucional de cada época. Dessa maneira, entende-se discurso como conjunto de enunciados que disparam modos de entender e estar no mundo. Segundo Foucault (1972) a análise de discurso não trata de desvendar símbolos ou interpretar mensagens ocultas, mas sim buscar no próprio material a genealogia e arqueologia dos discursos ditos e não-ditos.

Em ‘Arqueologia do Saber’, Foucault (1972) explicitou ferramentas metodológicas para análise do discurso. O autor deixa clara a necessidade de suspender a historicidade contínua, que visa achar uma linha sucessória através das expressões

históricas-sociais:

Não se busca, sob o que está manifesto, a conversa semi-silenciosa de outro discurso: deve-se mostrar porque não poderia ser outro discurso, em que exclui qualquer outro, como ocupa, no meio dos outros e relacionado a eles, um lugar que nenhum outro poderia ocupar. A questão própria a uma análise poderia ser formulada: Qual é essa singular existência, que vem à tona no que se diz e em nenhuma outra parte? (FOUCAULT, 1972, p.40).

Deste modo, a partir da análise da materialidade do discurso que se apresenta nos materiais jurídicos, é possível traçar não só sua historicidade, mas principalmente analisar através dos discursos “intrínsecos desse monumento” (FOUCAULT, 1972, p. 171), quem é legitimado, silenciado e que efeito isso provoca nos desdobramentos das relações sociais. Além disso, é importante a noção de relação de poder de Foucault, pois será através delas que os discursos se propagarão. É necessário considerar que o direito traz sua herança no poder absoluto da monarquia. Contudo, Foucault nos alerta para os riscos de se tomar o poder sob uma perspectiva cristalizada e absoluta, na qual reitera-se uma perspectiva histórico social verticalizada. No entanto, é preciso estar atendo ao que sustenta tais cristalizações:

O poder está em toda parte; não porque englobe tudo e sim porque provém de todos os lugares. E “o” poder, no que tem de permanente, de repetitivo, de inerte, de auto reprodutor, é apenas efeito de conjunto, esboçado a partir de todas essas mobilidades, encadeamento que se apoia em cada uma delas e, em troca, procura fixá-las (FOUCAULT, 1988, p. 89).

Investigar, portanto, os discursos presentes em materiais jurídicos acerca da sexualidade, torna-se necessário para o tensionamento do debate no qual se questiona o Direito enquanto disciplina que ora opera como ferramenta de emancipação ora como instrumento de dominação, como afirma Araújo (2007), a partir de uma leitura foucaultiana:

O discurso tem um suporte histórico, institucional, uma materialidade que permite ou proíbe sua realização. O sujeito do discurso não é a pessoa que realiza um ato de fala, nem o autor do texto, nem o sujeito da proposição. O sujeito é aquele que pode usar (quase sempre com exclusividade), determinado enunciado por seu treinamento, em função da ocupação de um lugar institucional, de sua competência técnica (ARAÚJO, 2007, p.7-8).

Talvez bater o martelo do veredito obtendo uma resposta é trilhar os mesmos caminhos tendenciosos de certa continuidade histórica visando um absoluto, ou uma essência universal para todos. Além disso, pensar o sujeito do discurso não

simplesmente como aquele que pronuncia determinada enunciação, é uma questão interessante para essa pesquisa. Quando analisamos os enunciados que sustentam as decisões não estamos colocando em questão o juiz em si, como pessoa ou autor da decisão, mas como uma posição institucional que só é possível no jogo que se estabelece nessas argumentações.

Pensar com Foucault, é observar quais os movimentos que colocam em cheque a neutralidade e universalidade do Direito, percebendo seu acompanhamento silencioso com os discursos que legitimam, ora contradizem, as práticas hegemônicas. Pensar a questão de consentimento em casos de estupro de vulnerável nos convoca, portanto a nos perguntar: “Quem pode falar? De que lugar fala? Que relações estão em jogo entre aquilo que o sujeito fala e aquilo que é objetificado no relato? Ou seja, quem são os sujeitos da enunciação que se constituem para aquele relato seja inteligível e legítimo.” (NARDI, 2010, p. 127).

No acórdão que é citado nesse trabalho, investigou-se esses enunciados que constituíram o corpo da legitimação da fala do acusado e do silenciamento da fala da vítima. Mesmo depois da tentativa de se criar uma essência da vítima menor de 14 anos, na qual todos e todas com essas características são vulneráveis, não encerra a discussão do tema. Como veremos a seguir, o discurso que culpabiliza a vítima e cobra dela uma resposta contundente do porquê de ela não ter barrado o acontecido, mostra ainda os enunciados marcados pela cultura do estupro. Aqui, abre-se a chaga do Direito, onde sua máxima de universalidade e neutralidade em conformidade com o bem maior social se confundem nas relações de poder.

A sexualidade será um forte dispositivo de regulação e produção de subjetividades, por isso, os casos de estupro de vulnerável estão imersos às lógicas do discurso hegemônico da dominação masculina e da heterossexualidade compulsória. Dessa maneira, o debate de consentimento e vulnerabilidade estão na mesma esteira que evoca as relações de poder em jogo entre: acusado, vítima, testemunhas e operadores do direito.

Para fins elucidativos acerca da problemática proposta, adiante apresentaremos uma discussão sobre o conceito de consentimento e em seguida nos deteremos mais concisamente na análise do acórdão.

3. Consentimento, Direito e relações de gênero

Partindo-se de uma retomada histórico-política a respeito do conceito de consentimento, é possível constatar que este surge de forma mais expressiva como alicerce das teorias políticas liberais do século XVIII. A respeito de tal conotação do termo, Jaunait & Matonti (2012) afirmam:

O consentimento confere de fato uma validade normativa as promessas e aos contratos que ligam os indivíduos entre si e lhes permite construir relações sociais. No plano ético e antropológico, exprime a vontade e a capacidade de um sujeito individual para o qual a autonomia de si é a única propriedade natural, que para o jusnaturalismo é de onde

tudo parte. Politicamente, o consentimento é fundador do poder uma vez que a legitimidade de uma autoridade política depende dele. Isso é expresso nas filosofias do contrato social quando elas apresentam a ficção de um acordo assinado entre um povo e um soberano, onde são trocados pelos direitos naturais, direitos positivos como a segurança, por exemplo (JAUNAIT & MATONTI, 2012, p.6).

Dois grandes expoentes da corrente de pensamento Iluminista, movimento este que fez parte da fundação do pensamento liberal moderno, fizeram grandes teorizações acerca deste conceito, são eles John Locke e Jacques Rousseau. Para o primeiro, o que demarcaria a passagem da sociedade do Antigo Regime para a sociedade de Estado moderna liberal seria a emancipação dos sujeitos do poder paternal pelo poder político. Entretanto, ao fazer tal distinção, este autor instaura uma divisão dicotômica entre privado e público (político) na qual resulta também em uma divisão sexual (PATEMAN, 2014).

Locke em seu ‘Segundo Tratado’ é explícito em afirmar que as diferenças naturais entre homens e mulheres os colocam em lugares distintos nessa separação, os homens, por suas maiores capacidades racionais e físicas seriam os verdadeiros e únicos capazes do exercício da vida pública e consequentemente, da vida política. Já as mulheres são remetidas à natureza e a emoção, portanto deveriam residir nos domínios do lar (privado) sob o controle e poder de seus maridos. Logo, como resultante lógica de tal separação política e sexual, “um subordinado natural não pode ser, ao mesmo tempo, livre e igual. Assim, as mulheres (esposas) são excluídas da condição de “indivíduos” e, portanto, de participar do mundo público da igualdade, do consentimento e das convenções.” (PATEMAN, 2014, p.58)

Em Jacques Rousseau, tal linha de pensamento não se distingue muito da proposta por Locke, inclusive a reafirma. Considerando as mulheres como ‘preciosa parte da República’, para este pensador caberia a elas a nobre tarefa de garantir a manutenção dos costumes entre o seio da família principalmente a partir da educação dos filhos. Entretanto, tal incumbência não implicava em seu reconhecimento enquanto sujeito, principalmente no plano jurídico (JAUNAIT & MATONTI, 2012). Desse modo, então, “se o consentimento, nos termos da lei, representa um ato em que não haja constrangimento para uma ação, nós podemos ver então que dificilmente as mulheres poderiam consentir com qualquer coisa em uma estrutura social e política que lhes nega as competências e os direitos do sujeito liberal” (JAUNAIT & MATONTI, 2012, p.7).

Posteriormente, mais precisamente no século XX, a partir das críticas dos movimentos feministas tal concepção teórico-política de consentimento passa a ser duramente questionada, principalmente devido ao fato de que este postulado - estruturante do pensamento moderno democrático liberal - como se pode constatar, desenvolveu-se com a exclusão das mulheres. Neste sentido:

A ideia de consentimento sexual, portanto é histórica porque ela parte do princípio da igualdade entre os parceiros

e das condições sociais de possibilidade de escolha. O consentimento em matéria de sexualidade emerge como uma exigência das lutas feministas, especificamente as da segunda onda, algo que até então era impensável na história da sexualidade (JAUNAIT & MATONTI, 2012, p.7).

A partir do início dos anos 80, no âmbito do movimento feminista, intensificam-se os debates sobre a temática. As produções teóricas “*Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory*,” de Catharine MacKinnon (1982); “*Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality*” de Gayle Rubin (1984) e “*The Sexual Contract*” de Carole Pateman (1988) são publicadas. Nestes trabalhos, encontram-se diversas problematizações referentes às hierarquias sexuais, incluindo nesse sentido a problemática das dinâmicas relativas a ideia de consentimento sexual.

Em seu trabalho, Carole Pateman (1988) realiza uma releitura das proposições teóricas dos pensadores iluministas, evidenciando as lógicas dicotômicas instauradas por estes autores cujas quais consolidam uma estrutura sexual hierarquizada, responsável pela opressão e subalternização da condição da mulher na sociedade. Já nas proposições de Catharine MacKinnon, a questão das violências de gênero compõe a análise central, para a autora essas violências fazem parte da socialização contínua recebida pelas mulheres, fundando assim a essência de sua opressão (JAUNAIT & MATONTI, 2012). Dentre estas violências, MacKinnon destaca o tema do estupro, que em sua leitura seria uma afirmação violenta no corpo das relações de gênero (MACKINNON, 1982).

Por fim, tensionando alguns posicionamentos apresentados nos trabalhos das autoras citados anteriormente, Gayle Rubin (1984) realiza uma dura crítica ao pensamento feminista que se opunha radicalmente ao movimento de libertação sexual da mulher. Rubin reconhece o sexo como elemento constituinte da opressão feminina, porém, nas palavras da autora; “este chamado discurso feminista recria uma moralidade sexual muito conservadora” (RUBIN, 1984, p.42).

Dando continuidade a esta linha de pensamento, Flávia Biroli (2013) em seu artigo “*Democracia e tolerância à subordinação: livre-escolha e consentimento na teoria política feminista*” apresenta uma leitura do consentimento tanto no âmbito das práticas do Estado democrático liberal quanto das relações de gênero contemporâneas, principalmente no que diz respeito às dinâmicas de vulnerabilidade e violência relacionadas ao status político e social da mulher na sociedade. Influenciada pelos postulados teórico-feministas de Carole Pateman, Biroli irá apresentar nesse trabalho uma relevante articulação entre consentimento e estupro e será em relação a este aspecto que as subseqüentes considerações desta seção se deterão.

O principal limite referente à problemática do estupro e consentimento apontado por Biroli (2013), encontra-se intimamente ligado ao pressuposto de que os sujeitos em sociedade, principalmente em termos jurídicos, possuem igual possibilidade de consentir ou recusar uma determinada situação. Além disso, no que se trata dessa específica violência sexual, o par dicotômico coerção versus livre-escolha,

majoritariamente elegidos para a análise desses casos se mostra insuficiente, isso porque tais separações se mostram ambíguas e não abarcam o que seria uma questão fundamental, a de quem são esses indivíduos em termos de posição social.

A partir da leitura de uma pesquisa realizada nos Estados Unidos nos anos 90, na qual se constatou que as diferenças de percepção do que seria sexo consentido e sexo forçado entre homens e mulheres se mostraram notórias, Biroli aponta para a existência de “uma continuidade entre as representações sociais hegemônicas do comportamento social “natural” a homens e mulheres” (BIROLI, 2013, p.135), que culminaria no que a autora irá chamar de “negação da realidade do estupro” (BIROLI, 2013, p.135).

Em termos jurídicos, tal negação se manifestaria na maior validade que a declaração do acusado recebe e na busca por um componente comportamental que ateste a moralidade da vítima. Dessa forma, segundo a autora, “a relação entre honestidade, bons costumes e validade das declarações incide diretamente sobre o modo como são traçadas as fronteiras entre consentimento voluntário, consentimento tácito e sexo forçado” (BIROLI, 2013, p.136). Entretanto, tais arranjos e fronteiras forjados nos processos jurídicos extrapolam o âmbito dos tribunais, produzindo as percepções subjetivas acerca do ser homem/mulher em sociedade e do caráter natural que é conferido a uma violência sexual.

Dando continuidade ao movimento de tensionamento do par livre-escolha e coerção, Biroli (2013) apresenta uma importante distinção a ser considerada: “o consentimento precisaria ser claramente distinto da recusa a consentir” (BIROLI, 2013, p.136). No entanto, a partir dessa afirmação, poderíamos nos perguntar; que arranjos de possibilidades condicionam um ato de recusa e sob qual enfoque uma possível análise se daria? Uma possível resposta, nas palavras da autora, seria:

(...) quando se coloca como aspecto central as condições efetivas para que seja possível recusar-se a consentir, as relações de poder e as formas de opressão e dominação existentes é que se tornam o foco para a análise da produção das preferências e do que está envolvido na escolha dos indivíduos – do que conduz a determinadas escolhas, das consequências dessas escolhas (BIROLI, 2013, p.136).

Ao tomar como o cerne de análise as lógicas de poder institucionais e das relações sociais de gênero produtoras de assimetrias, estas que condicionam a emergência do ‘sim’ e do ‘não’ das mulheres, Biroli (2013) realiza um significativo deslocamento, pois “trata-se de avaliar criticamente as preferências que estão na base das escolhas e do consentimento em contextos nos quais as hierarquias “funcionam”, isto é, em contextos permeados por formas sistemáticas de opressão e de dominação” (BIROLI, 2013, p.13).

4. Análise do acórdão

O material analisado é um acórdão do TJSP, de 2007, anterior à aprovação

da lei 12.015/09, portanto, que decide sobre um caso de estupro de vulnerável, no qual o réu, condenado em primeira instância, é absolvido pelo Tribunal. Trata-se de uma apelação criminal do caso de uma adolescente menor de 14 anos que ao prestar serviços domésticos e de babá na casa do acusado (que também é seu tio), sofre diversos assédios e violências sexuais por parte do mesmo, que resultaram inclusive na gravidez da adolescente.

Na decisão do caso em primeira instância, o réu foi condenado à pena de 9 anos de reclusão no regime integral fechado, “por infração aos artigos 213 e 214, ambos c.c. art. 224, “a”, 225, § 1º e 226, III, todos do Código Penal⁵” (SÃO PAULO, 2007). Inconformado, o réu apela na segunda instância argumentando por sua absolvição, conforme a análise que segue. Esse recurso é aceito pelo tribunal e o réu recebe absolvição.

Ao longo do acórdão, podemos ver que a defesa insiste veementemente que o ato foi consumado com o consentimento da vítima, utilizando para isso o depoimento da vítima que relata que não houve resistência física. Entretanto, o que não é considerado é justamente o fragmento da fala da vítima em que esta explicita o motivo de sua suposta aceitação perante o ato: “não lhe oferecia resistência por medo”. Podemos constatar tal afirmação no fragmento do acórdão a seguir:

A vítima, por sua vez, também confirmou as práticas sexuais com o apelante, ressaltando que não tivera qualquer relacionamento sexual com outro homem, esclarecendo que não colocou sério obstáculo, pois tinha medo que ele a prejudicasse, já que ela ouviu comentários de que ele teria chamado uma tia dela de “sapatão” (SÃO PAULO, 2010).

Ser chamada de “sapatão”, portanto, parece uma forma de coerção da relação de poder que o homem/tio/empregador tinha com sua sobrinha, mas que não se efetiva como informação relevante no julgamento. Neste trecho, percebe-se que a fala da vítima que será legitimada é a de que ela confirma as práticas sexuais, porém, desconsidera-se que há um elemento coercitivo para a jovem que é a ameaça de ser chamada de sapatão. Esse fator de intimidação não é sequer ponderado e é totalmente invisibilizado no documento. Nesse sentido, Biroli (2013) aponta:

Constrangimentos de diversos tipos definem – e restringem – as opções dos indivíduos, segundo padrões distintos que evocam sua posição nas relações sociais. O foco na escolha individual oculta os constrangimentos estruturais e sistemáticos que estão na base das preferências que conduzem às escolhas dos indivíduos ou que restringem as alternativas de modo a produzir escolhas que são a expressão da ausência de alternativas, e não de preferências individuais

⁵ Art. 213: estupro. Art. 214: atentado violento ao pudor. Art. 224, ‘a’: presunção de violência (menor de 14 anos). Art. 225, § 1º: ação penal pública incondicionada (isto é, que independe da vontade da vítima). Art. 226, III: hipótese de aumento de pena caso o agente seja casado. Importante ressaltar que essa era a legislação vigente à época do julgado.

(BIROLI, 2013, p.133).

O que significa ser chamada de sapatão? E se tivesse sido considerado grave ameaça? Não se constitui grave ameaça porque a jurisprudência possuía o entendimento de que ser chamada de sapatão é mesmo algo ruim ou o Direito não reconheceu seu efeito ameaçador para uma menina de 13 anos numa relação totalmente assimétrica com um homem mais velho? Pela escolha de negligenciar essa fala da vítima, percebe-se que o discurso que operou na decisão de absolvição do réu se aproxima desta última hipótese. Obviamente, o direito não se posiciona só quando profere uma sentença, mas quando elege o que não será falando também. Não levar em conta a palavra da vítima, que se sentiu ameaçada pela possibilidade de ser atrelada a uma identidade estigmatizada e estereotipada socialmente não deixa de ser um posicionamento da jurisprudência.

Como apontam Jaunait e Matonti (2012), a questão do consentimento por parte da vítima é central em processos de julgamento de estupro. Além de ter de responder à questionamentos sobre quais manobras de resistência esta impôs ou não na tentativa de coibir o ato, ela também é questionada no que se refere a sua conduta comportamental e moral. Este último aspecto se apresenta no seguinte trecho do documento:

Inconformado apela o réu pleiteando sua absolvição por não constituir o fato infração penal, alegando que a vítima, pese tivesse menos de 14 anos, *era conhecedora das coisas de sexo*, além de já ter “ficado” com garotos da cidade, demonstrando que *não era tão ingênua a ponto de não saber o que estava fazendo*⁶.

Não “ser conhecedora sobre as coisas do sexo” torna-se uma espécie de pré-requisito para ser criança e assim ser protegida pela lei? A violência, portanto, é presumida apenas quando o abusador tem a certeza que a vítima é desinformada? A quem esses tipos discursos servem? Ao que se nota, eleger pontos diretivos como idade da vítima, castidade da vítima, seu comportamento e escolha sexual apenas reforça sua culpabilização, além de abrir brechas, ou verdadeiras fendas, para legitimar práticas no campo do Direito que contribuem para a permanência da dominação do homem branco, cis e hétero na sociedade.

Procurar a arqueologia do discurso é observar a sua materialidade e seus efeitos nas formações discursivas. Esse trecho deixa claro qual a função desse tipo de discurso “conhecedora das coisas de sexo” para a manutenção de dispositivos que regulam a sexualidade dos sujeitos, reproduzindo o que pode um homem e o que não pode uma mulher. A noção de consentimento se confunde com as práticas e conhecimentos da vítima não à toa. Os discursos são eleitos em todas as esferas para a manutenção dos jogos de poder que dão vida ao corpo social.

Ressalta-se que na composição do conjunto material probatórios do crime

⁶ Grifo das autoras.

de estupro no acórdão está presentes também um laudo de exame de corpo de delito, que é conclusivo de que esta foi submetida à conjunção carnal, além de um exame de DNA do qual não se exclui a paternidade do acusado, dado que como consequência do ato a vítima ficou grávida. Porém, a relevância desse conjunto de elementos não foi suficientemente expressiva para implicar em uma condenação. Andrade (2005, p.92) afirma que “regra geral, o conjunto probatório nos processos de estupro é extremamente frágil, limitando-se à prova pericial e testemunhal ou esgotando-se, muitas vezes, no depoimento da vítima”. Nesse sentido, apesar de se diferenciar da maior parte dos casos de estupro pela consistência das provas, o que se coloca em questão não é a realidade do ato, mas o consentimento.

Sendo assim, como apresentado nas discussões pregressas, o que constitui como fator relevante para a tomada de decisão dos operadores do direito é a conduta moral da jovem. Tal conduta é denunciada (como se crime fosse) a partir das exposições narrativas das testemunhas de defesa do acusado, que são apresentadas no documento da seguinte forma:

Além disso, as testemunhas ouvidas foram unânimes em dizer que a vítima costumava ir em bailes, voltar de madrugada e ter namoradinhos nesses locais. (...) Disseram ainda que a ofendida tinha *corpo de mulher* e se tratava de uma *menina “fácil”*, *além de usar saias curtas*.

Nesse sentido, Andrade (2005) nos apresenta importantes apontamentos que corroboram com esta análise:

Mas se exige, contudo, que sua palavra seja corroborada pelos demais elementos probatórios constantes dos autos, conforme os ilustram fragmentos do discurso decisório pesquisado. O que se pode perceber, pelos discursos analisados, é que estes “outros elementos probatórios” nada mais são do que a vida pregressa da própria vítima. Ora, se o conjunto probatório se reduz, muitas vezes, à própria palavra da vítima então está a se exigir que sua palavra seja corroborada por sua vida pregressa, por sua moral sexual ilibada, por seu recato e pudor. Existindo ou não laudo pericial, ou ainda prova testemunhal, mesmo em situações de flagrante delito, a palavra da vítima perde credibilidade se não for ela considerada “mulher honesta”, de acordo com a moral sexual patriarcal ainda vigente no SJC. O que vale, igualmente, para as vítimas mulheres que não são maiores de 14 anos, que tem a seu favor a presunção de violência (violência ficta) prevista do artigo 224, “a”, do CPB, mas que é sempre relativizada, pois somente vale (lembre-se o célebre julgado do Ministro do STF, Marco Aurélio da Silveira) se a vítima for considerada honesta. (ANDRADE, 2005, p. 92-93)

A complexidade desse caso, e dos casos de estupro de vulneráveis em geral, convida o Direito a enormes desafios. A mera tentativa de provar com fatos se houve

ou não estupro, muitas vezes impossibilita uma decisão que leve em conta todas as nuances da relação dos envolvidos. Percebemos através desse acórdão que, o direito como todas as ciências, não são neutras e universais como nos diria Donna Haraway (1995). Os saberes são localizados, os discursos são elegidos contingencialmente a partir da lógica hegemônica de cada época, que no nosso caso é a lógica patriarcal heteronormativa, burguesa e branca.

Ser conhecedora das coisas de sexo não é motivo para uma absolvição de estupro, ou ser chamada de sapatão não pode ser grave ameaça em todos os casos. Mas nesse caso houve esse efeito, além de toda a situação de assimetria de classe, idade, gênero e familiar entre acusado e vítima, a ameaça de ser estigmatizada como sapatão configurou-se em uma maneira de coerção a vítima. Portanto, os enunciados que foram legitimados nesse acórdão respondem as engrenagens do funcionamento social heteronormativa e machista vigente.

5. Considerações Finais

A partir desse documento observamos a prevalência dos discursos que reforçaram os dispositivos de poder da heteronormatividade e do machismo que possibilitou o tendencioso posicionamento de provar o consentimento da vítima sobre o ato. Identificamos alguns elementos que constroem as argumentações, em especial: o silenciamento da identidade lésbica e sua esteriotipação, a negligência sobre a relação hierárquica que a vítima possuía com o réu, a presunção liberal de que todos possuem a possibilidade de livre escolha e a análise moral dos comportamentos sociais e sexuais da vítima.

Apontamos com essa análise, que ao não ser levada em conta a situação de relação de poder que está em jogo na cena, a decisão constrói sujeitos específicos, produzindo novas vulnerabilidades e violações. Constrói e legitima a permissividade, a coerção e a violência em algumas relações caracterizadas pela assimetria etária. Tal discussão se encerraria com a decisão absoluta de que toda relação de adultos com criança é assimétrica, sendo este, inclusive, o posicionamento da lei. Mas a que outros dispositivos tal afirmação estaria servindo? A cristalização de mais uma identidade que não seria livre para exercer sua sexualidade se assim o deseja? Toda relação de um jovem menor de 14 anos é desigual e violenta com um adulto ou alguém com mais de 14 anos?

Os conceitos de consentimento e vulnerabilidade se confundem e contradizem com os novos discursos e manobras sociais. Este trabalho está longe de providenciar qualquer solução, justamente, porque tão pouco se acredita em uma. O que prevalece, portanto, são os incessáveis questionamentos sobre os discursos que nos moldam mirando alcançar através do diálogo da Psicologia com Direito, sobrepor discursos que enrijecem e privilegiam apenas uma parcela dominante com novos discursos que possibilitem maior fluidez nas relações, trânsito de identidades, e equidade no acesso da jurisprudência.

Referências Bibliográficas

- ANDRADE, V.R.P. A soberania patriarcal. O sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência – Estudos Jurídicos E Políticos*. V. 26 n 50. Florianópolis: Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da UFSC. 2005. <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/4f33baebd636cb77eb9a4bdc2036292c.pdf>> Acesso em 27 de outubro de 2016.
- ARAUJO, L. I. Formação discursiva como conceito chave para a arqueogenealogia de Foucault. *Revista Aulas*. ISSN 1981-1225 Dossiê Foucault N. 3 – dez 2006/mar 2007. <<http://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/aulas/article/viewFile/1924/1385>> Acesso em 27 de outubro de 2016.
- BRASIL. Código Penal. Lei LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm> Acesso em 15 de julho de 2016.
- BIROLI, F. Democracia e tolerância à subordinação: livre-escolha e consentimento na teoria política feminista. *Sociologia e Política*. V. 21, Nº 48: 127-142 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v21n48/a08v21n48.pdf>> Acesso em 15 de julho de 2016.
- FOUCAULT, M. *A arqueologia do saber*. 1. ed. Petrópolis: Centro do livro brasileiro, 1972.
- FOUCAULT, M. *História da Sexualidade I: A vontade de saber*. 13 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999
- FOUCAULT, M. *A ordem do discurso*. 5 ed. São Paulo: Edições Loyola, 1999a.
- HARAWAY, D. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. *Cadernos Pagu*. (5), 1995:07-42. Disponível em: <http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/1065_926_hARAWAY.pdf> Acesso em: 27/10/2016.
- JAUNIT, A.; MATONTI, F. L'enjeu du consentement. *Raisons politiques*. 2012/2 (nº 46), p. 5-11. DOI 10.3917/rai.046.0005
- MACKINNON, C. Feminism, Marxism, Method, and the State. An Agenda for Theory, *Signs. Journal of Women in Culture and Society*, vol. 7, no 3, 1982, p. 515-544.
- MOREIRA, L. & TONELI, M.J.F. Paternidade, família e criminalidade: uma arqueologia entre direito e Psicologia. *Psicologia & Sociedade*, 26 (36-46). 2014.
- MOREIRA, L. Gênero e Sexualidade na Jurisprudência. Projeto de Pesquisa. FAFICH/UFMG, 2016.

NARDI, H.C. *Da norma e da lei: Psicologia e Direito no campo da diversidade sexual*. In: SILVEIRA, Raquel da Silva (org.) *Direito e Psicologia: o desafio da interdisciplinaridade*. Porto Alegre: Ed. UniRitter, 2010.

PATEMAN, C. Críticas feministas à dicotomia público/privado. In: Luis Felipe Miguel e Flávia Biroli (Org.). *Teoria política feminista: textos centrais*. Niterói, RJ: Eduff, 2014, p.55-79.

RUBIN, G. Thinking sex: notes for a radical theory of the politics of sexuality. In: ABELOVE, H., BARALE, M., HALPERIN, D. (eds.). *The lesbian and gay studies reader*. New York: Routledge, 1984. (texto em português traduzido por Felipe Bruno sob a orientação de Miriam Grossi).

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal, NO. 00429974.3/3-0000-000. Salvador Nunes e Justiça Pública. São Paulo, 15 de março de 2007.

A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E AS VIOLÊNCIAS SEXUAIS E DE GÊNERO DURANTE A DITADURA MILITAR: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA QUEER

Fernanda Araujo Pereira¹

Luísa Santos Paulo²

RESUMO: A Justiça de Transição é um campo do saber jurídico destinado a entender a propagação dos efeitos de períodos ditatoriais na contemporaneidade. Defende-se que o Direito teria um papel transformador na transição de regimes, isto é: auxiliando no expurgo das instituições ditatoriais que se consolidam na sociedade em tempos de autoritarismo, para a plena efetivação de regimes democráticos. Nesse sentido, o escopo de atuação da Justiça de Transição extrapola a simples responsabilização dos agentes, visando à mudança de consciência de uma sociedade. No Brasil, ainda que existam esforços pelo direito à verdade, esse campo ainda ocupa um papel subsidiário na prioridade de estudos e ações governamentais se comparado com outros países, especialmente os latino-americanos. Nesse contexto de subjugação da Justiça de Transição, são ainda mais negligenciados os estudos sobre minorias oprimidas pela Ditadura Militar. Este artigo procura analisar a condição das mulheres militantes durante o período ditatorial brasileiro e o modo como as ações de agentes da ditadura tiveram um papel tanto silenciador das violências sofridas, quanto conformador da sua condição de oprimidas, na contramão da ideia transformadora proposta pela Justiça de Transição. Com base nas ideias da Teoria *Queer*, buscaremos analisar como as estruturas do regime ditatorial buscaram conformar as mulheres aos padrões de gênero e comportamento impostos e perpetraram sobre os seus corpos um tipo de violência específico, que continua sendo infringido pelo próprio Estado “Democrático” contra os corpos femininos na atualidade.

Palavras-chave: “Justiça de Transição”, Ditadura Militar, Teoria Queer, Estudos de Gênero, Violência sexual e de gênero

ABSTRACT: Transitional Justice is a field of legal knowledge destined to understand the how the effects of dictatorships spread in contemporaneity. It is defended that Law should have a transforming role in regimens' transition, that is: help with purging the authoritarian institutions, cemented in society during dictatorships, so there's a real effectiveness of the new democracies. In this sense, the scope of action of Transitional Justice goes way beyond the simple accountability of dictatorship agents,

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: fernandapereira11@rocket-mail.com

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: ls.paulo@hotmail.com

taking as its mission to change the very conscience of a society. In Brazil, even though there are efforts to reaffirm the right to truth, this field still occupies a minor place in the priority row of studies and governmental actions, in comparison with other countries and, specially, Latin-American ones. In the context of subjugation of transitional justice, the studies about social minorities during the Military Dictatorship are even more marginalized. This paper seeks to analyze the condition of militant women during the Brazilian dictatorship of 1964-1985 and how the actions taken by dictatorship officers had a heavy influence in the silencing of violence they suffered and conforming of their oppressed condition, in opposite direction of the transformational ideal proposed by Transitional Justice. Based on the ideas proposed by the Queer theory, we propose an analysis of how the authoritarian structures sought to conform women to specific gender and behavior roles, and perpetrated on their bodies a specific type of violence, which still is inflicted upon female bodies even by the modern “democratic” states.

Keywords: Transitional Justice, Brazilian Military Dictatorship 1964-1985, Queer Theory, Gender Studies, Gender and Sexual Violence.

1. Introdução

A instabilidade da atual conjuntura política nacional está relacionada aos resquícios ditatoriais nas instituições democráticas. O despreparo da polícia militar para lidar com manifestações políticas, a institucionalização de um sistema de ensino que não fomenta a construção de pensamento crítico e a implementação de um modelo democrático excludente (na medida em que há um distanciamento enorme entre representantes e representados) são situações que exemplificam esse panorama. Essa instabilidade que acontece no Brasil tem como uma de suas principais causas o fato de que os esforços transicionais nunca foram prioritários no processo de mudança de regimes.

A realidade brasileira também é caracterizada por índices muito elevados de violências sexuais e de gênero contra mulheres. Nos momentos de instabilidade política, a misoginia do regime militar remanescente no aparato estatal e no imaginário da população se torna mais evidente e pode ser percebida tanto pela ascensão de projetos de lei reacionários, quanto pelo esforço em remover as mulheres da participação na política nacional, por exemplo. Nesse sentido, o estudo das especificidades das torturas sofridas pelas mulheres durante a ditadura militar e do silenciamento da Justiça de Transição no Brasil em relação a elas é de suma importância para a compreensão da existência de índices tão elevados de desigualdade de gênero e tão diminutos de efetivação de direitos das mulheres no País.

Com base na teoria *queer*, este artigo enseja analisar como as estruturas do regime ditatorial buscaram conformar as mulheres aos padrões de gênero e comportamento socialmente impostos e por isso perpetraram sobre os seus corpos um tipo de tortura muito específico. Ademais, a justiça transicional brasileira será estudada visando à compreensão de como a permanência das violências sexuais e de

gênero contra os corpos femininos na atualidade por parte não somente da população civil, como também do aparato do Estado “Democrático” de Direito, são uma consequência de uma transição de regimes incipiente.

2. As violências sexuais e de gênero durante a ditadura militar brasileira:

A Organização Mundial da Saúde define a violência sexual como:

Quaisquer atos sexuais ou tentativas de realizar um ato sexual, comentários ou investidas sexuais não consentidos, atos para comercializar ou de outra forma controlar a sexualidade de uma pessoa através do uso da coerção, realizados por qualquer pessoa, independentemente de sua relação com a vítima, em qualquer ambiente, incluindo, sem estar limitados, a residência e o trabalho. Abrange toda ação praticada em contexto de relação de poder, quando o abusador obriga outra pessoa à prática sexual ou sexualizada contra a sua vontade, por meio da força física, de influência psicológica (intimidação, aliciamento, indução da vontade, sedução) ou do uso de armas e drogas. (JEWKES et al., 2002)

Ademais, a Declaração Sobre a Eliminação da Violência Contra as Mulheres dá, em seu artigo primeiro, a seguinte definição internacional de violência contra a mulher:

Para os fins da presente Declaração, a expressão “violência contra as mulheres” significa qualquer ato de violência baseado no gênero do qual resulte, ou possa resultar, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para as mulheres, incluindo as ameaças de tais atos, a coação ou a privação arbitrária de liberdade, que ocorra, quer na vida pública, quer na vida privada (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1979).

Esse tipo de violência é necessariamente pautado pelo desvio de um imaginário de época. Ao longo dos períodos ditatoriais na América Latina, o comportamento “desviante” das mulheres era ainda mais reprimido quando elas, independentemente de serem militantes ou não, envolviam-se com a política e não correspondiam ao papel social de “esposas” e “mães”. Nesse contexto, a ideia da “mulher desviante” era usada para legitimar a violação sexual e a conformação a papéis de gênero impostos contra os corpos femininos, como se as vítimas as merecessem. Esse pretenso merecimento da violência é confirmado pelos depoimentos das militantes sobreviventes, como o de Lúcia Coelho, presa na Operação Bandeirantes (OBAN) no começo da década de 1970:

Eles abusam, violentam, de uma maneira ou outra, humilham, tornam objeto. Eles faziam a gente se sentir uma

porcaria. Também faziam uma certa gozação, como se eu tivesse me metido nisso sem saber o que era. Eles tinham muito prazer na tortura. Não me pareceu que eles faziam por obrigação. Havia o Ustra [coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra], que era o mais terrível, porque vinha com uma conversinha, com uma diplomacia: ‘Minha filha, como você vai se meter numa coisa dessas, você é de uma família boa, vai prejudicar os seus filhos por essa coisa de comunismo’. E, de repente, inesperadamente, ele lançava uma bofetada (MERLINO, OJEDA, 2010)

As mulheres militantes eram, portanto, duplamente contraventoras: resistiam à conjuntura política da época e desviavam de vários outros papéis sociais a elas impostos. Por conseguinte, os agentes ditatoriais realizavam práticas repressivas ainda mais gravosas contra elas, se comparadas àquelas praticadas contra os homens militantes. Como relata Izabel Fávero:

Eu fui muito ofendida, como mulher, porque ser mulher e militante é um karma, a gente além de ser torturada física e psicologicamente, a mulher é vadia, a palavra mesmo era “puta”, “menina decente, olha para a sua cara, com essa idade, olha o que tu está fazendo aqui, que educação os teus pais te deram, tu é uma vadia, tu não presta” (BRASIL, C., 2014a, p. 400).

3. Análise à luz da teoria queer:

No panorama das violências sexuais e de gênero perpetradas por agentes de regimes ditatoriais, identifica-se a relevância das palavras e dos atos como instrumentos de violência e de conformação a expectativas sociais, sobretudo no que se refere a papéis de gênero. Sobre essa temática, a teoria *queer* faz importantes postulações. O *queer* – que sempre se recusa a acatar definições preestabelecidas – não aceita uma determinação do que são o “feminino” e o “masculino” como dados preexistentes. Em vez disso, esses conceitos são socialmente construídos e, consequentemente, passíveis de desconstrução. Judith Butler – uma dos maiores expoentes dessa vertente teórica – afirma: “*não há identidade de gênero por trás das expressões de gênero; essa identidade é performativamente construída pelas próprias ‘expressões’ tidas como seus resultados.*” (BUTLER, 2015, p. 56).

As palavras e os atos ocupam, portanto, a posição de conformadores e criadores de determinadas situações. Se a sociedade é binária e só conhece e aceita dois gêneros que têm características a priori bem definidas, ela própria desenvolve mecanismos para conformar os corpos, que não necessariamente precisam ser institucionalizados no aparato estatal. Desse modo, entendendo o conceito de gênero enquanto performatividade, podemos situar as violências perpetradas por agentes da ditadura enquanto formas de conformação dos corpos femininos a padrões de gênero rígidos,

fruto de uma sociedade tradicionalmente machista e patriarcal.

Diversas formas de torturas sexuais eram amplamente utilizadas, como choques nas partes íntimas e dentro dos órgãos genitais, ou amputações de membros do corpo. Sobre os seus métodos e as suas consequências, versa do seguinte modo o relatório da Comissão Nacional da Verdade:

No caso das vítimas de violência sexual, além de lesões, ferimentos e amputações de membros, resultantes das sessões de tortura, também constituem exemplos de danos físicos ou biológicos as doenças psicossomáticas provocadas pelo medo, vergonha, ansiedade, angústia e tristeza experimentados à época dos crimes e depois. Os danos morais, por sua vez, dizem respeito à dor e ao sofrimento vivenciado pelo desprezo a valores fundamentais para indivíduos e coletividades e podem ser considerados “como toda modificação dolorosa do espírito, consistente em profundas preocupações, ou em estados de aguda irritação que afetam a honra, a reputação e o equilíbrio anímico das pessoas e que incide na maneira de pensar, querer ou sentir”. Permanentes, tais danos afetaram e seguem afetando a vida e a tomada de decisão dos sobreviventes, não raro impossibilitando-os de escolher livremente como estruturar a própria vida. Estupro e empalamentos determinaram o relacionamento afetivo e a vida sexual dos sobreviventes. Mutilações nos seios privaram mães de amamentar seus bebês. Úteros queimados com choques elétricos tornaram muitas mulheres incapazes de engravidar ou de levar adiante uma gestação (BRASIL, C., 2014a, p. 422).

Esses métodos eram aplicados aos homens e às mulheres – nelas, enquanto forma de conformação a papéis sociais previamente estabelecidos e neles, como forma de feminilização. A emasculação dos prisioneiros pelo regime foi utilizada também como recurso para a desumanização dos presos o que, de forma indireta, também é um indicativo da posição dos governos militares sobre a importância das mulheres na sociedade. Ainda assim, as militantes foram muito resistentes a esses estigmas durante o regime ditatorial brasileiro e contribuíram para a subversão das ditaduras vigentes.

4. Estudo de casos:

Durante a ditadura militar brasileira, cerca de 50 mulheres foram assassinadas e outras centenas delas foram torturadas pelos agentes ditatoriais. O resgate de suas histórias de vida se faz necessário para compreender a percepção dos agentes da ditadura em relação às militantes e o imaginário da sociedade da época em relação aos papéis sociais exercidos pelas mulheres. Por conseguinte, segue abaixo o estudo de alguns casos que refletem as especificidades da repressão da militância feminina durante o período ditatorial.

4.1 Soledad Barret Viedma:

Soledad era paraguaia, filha e neta de militantes – seu avô, Rafael Barret, era um escritor anarquista espanhol. Em função das perseguições sofridas por sua família, ela viveu no Paraguai, na Argentina, no Uruguai e em Cuba e neste recebeu treinamento de guerrilha. Lá conheceu o brasileiro José Maria Ferreira de Araújo, militante da Vanguarda Popular Revolucionária (VPR), com quem se casou e teve uma filha (BRASIL, C., 2014b, p. 1154). Em 1970, ele voltou para o Brasil e Soledad veio no ano seguinte; no entanto, ao chegar ao País, ela descobriu que o marido havia sido preso e morto pelos torturadores do regime.

Estabeleceu-se então em Pernambuco, no contexto de organização da VPR e passou a ter um envolvimento amoroso com “Cabo Anselmo”, um agente ditatorial infiltrado, responsável pela articulação do Massacre da Chácara São Bento. A relação afetiva do casal foi de fundamental importância para a viabilização do plano de eliminação dos militantes da VPR no massacre, dentre eles a própria Soledad, uma das vítimas fatais (BRASIL, C., 2014b, p. 1154-1155). Sobre as circunstâncias de sua morte, depôs a advogada Mércia de Albuquerque Ferreira, que teve acesso aos corpos das vítimas no necrotério:

[...] em um barril estava Soledad Barret Viedma, ela estava despida tinha muito sangue nas coxas, nas pernas e no fundo do barril onde se encontrava também um feto. Eu fiquei horrorizada, como Soledad estava em pé com os braços caídos ao lado do corpo eu tirei a anágua e coloquei no pescoço dela, era uma mulher muito bonita [...] A Soledad estava com os olhos muito abertos com expressão muito grande de terror, a boca estava entreaberta e o que mais me impressionou foi o sangue coagulado em grande quantidade que estava, eu tenho a impressão que ela foi morta e ficou algum tempo deitada e a trouxeram, e o sangue quando coagulou ficou preso nas pernas porque era uma quantidade muito grande e o feto estava lá nos pés dela, não posso saber como foi parar ali ou se foi ali mesmo no necrotério que ele caiu, que ele nasceu, naquele horror (BRASIL, C., 2014b, p.).

Além das fortes evidências de que a militante paraguaia estava grávida de “Cabo Anselmo”, o laudo pericial mostra marcas nos pulsos de Soledad e descreve que ela recebeu dois tiros no pescoço e quatro na cabeça, desmentindo a versão oficial que divulga a morte em tiroteio (BRASIL, C., 2014b, p. 1157). Nesse sentido, as especificidades das violências sexuais e de gênero por ela sofridas e a tentativa de conformação de Soledad aos papéis que as mulheres deveriam tradicionalmente ocupar na sociedade tornam-se muito evidentes.

Visando à consagração de um ideal da “mulher santa”, as militantes grávidas eram muitas vezes submetidas a uma tortura que girava em torno especificamente da procriação. Assim como a paraguaia, muitas delas sofreram abortos induzidos e várias outras tiveram seus partos conduzidos de forma muito violenta, porque em tese, a

maternidade não exercida nos moldes de uma família tradicional era não somente um tabu, como também algo passível de recriminação. Ademais, a instrumentalização do afeto da mulher para a consecução de um plano político extremamente perverso mostra como a liberdade afetiva e sexual feminina afrontavam os ideais machistas consagrados pelo regime.

4.2 Anatália de Souza Melo Alves:

Anatália nasceu no Rio Grande do Norte, em 1945 e casou-se com Luís Alves Neto em 1968, época em que se aproximou do Partido Comunista Brasileiro Revolucionário. Quando o AI-5 foi decretado em 1969, mudou-se para Recife para continuar exercendo sua militância política (MERLINO, 2010, p. 89). Entretanto, em dezembro de 1972, Anatália foi presa e levada para o DOI-CODI/RN onde, segundo versão oficial dos órgãos de segurança, ela teria se enforcado com uma tira de sua bolsa enquanto tomava banho. A necropsia de fato indicou a sua morte como decorrência de asfixia por enforcamento; contudo as incongruências do caso levaram a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) a questionar a versão oficial e a requerer um laudo pericial, que foi realizado pelo Instituto de Criminalística de Pernambuco.

A perícia indicou que Anatália foi encontrada morta em uma cama de campanha, o que contradiz a versão dos militares. Ademais, análises das fotos do laudo pericial mostram que seus órgãos genitais haviam sido queimados, juntamente com as roupas que usava, fatos consonantes com declarações de testemunhas que afirmaram que ela foi submetida a diversas torturas, incluindo a violência sexual. As marcas de queimadura apontavam para uma tentativa de se eliminar quaisquer vestígios de abuso (BRASIL, C., 2014b, p. 1175). Esse caso mostra outra faceta da misoginia dos agentes ditatoriais, que estupraram diversas militantes com o intuito de mitigar qualquer possibilidade de uma vivência sexual livre e saudável. Os estupros destroem a personalidade de suas vítimas e as violências sexuais são, de forma geral, uma forma de afirmar que a sexualidade feminina não pode ser orientada pelo prazer e pela autodeterminação das mulheres, mas única e exclusivamente pela sua subjugação à lascívia masculina.

4.3 Dilma Vana Rousseff:

Dilma Vana Rousseff nasceu em 14 de dezembro de 1947 em Belo Horizonte. Aos 17 anos de idade, ingressou na militância, atuando no Comando de Libertação Nacional (COLINA) e na Vanguarda Armada Revolucionária Palmares (VAR-Palmares). Então reconhecida por sua grande desenvoltura e evidente capacidade de liderança, teve notória atuação pública, atuando no movimento sindical e lecionando marxismo e responsabilidade social.

Em 16 de janeiro 1970, durante o governo de Emílio Médici, Dilma foi presa em São Paulo e encaminhada para a recentemente institucionalizada Operação Bandeirantes (OBAN), cujo nome evocava as explorações do território brasileiro

empreendidas durante o período colonial, quando os bandeirantes abriam a mata, capturavam índios e os vendiam como escravos. Não por acaso, os métodos empregados pela OBAN eram de extrema violência. Em relatórios prestados para a Comissão Nacional da Verdade (CNV), Dilma descreveu a sua chegada na Operação:

Eu me lembro de chegar na Operação Bandeirante, presa, no início de 1970. Era aquele negócio meio terreno baldio, não tinha nem muro, direito. Eu entrei no pátio da Operação Bandeirante e começaram a gritar: “Mata!”, “Tira a roupa”, “Terrorista”, “Filha da puta”, “Deve ter matado gente”. E lembro também perfeitamente que me botaram numa cela. Muito estranho. Uma porção de mulheres. Tinha uma menina grávida que perguntou meu nome. Eu dei meu nome verdadeiro. Ela disse: “Xi, você está ferrada” (BRASIL, C., 2014a)

Durante o período em que esteve presa em Minas Gerais e em São Paulo, diversos danos permanentes a sua saúde foram provocados pela intensa tortura sofrida. Após ser libertada do cárcere, Dilma foi diagnosticada com disfunções na tireoide e, além da perda de peso e dos danos psicológicos provocados pelos torturadores, ficou com problemas permanentes no maxilar:

Uma das coisas que me aconteceu naquela época é que meu dente começou a cair e só foi derrubado posteriormente pela Oban. Minha arcada girou para outro lado, me causando problemas até hoje, problemas no osso do suporte do dente. Me deram um soco e o dente deslocou-se e apodreceu. Tomava de vez em quando Novalgina em gotas para passar a dor. Só mais tarde, quando voltei para São Paulo, o Albernaz completou o serviço com um soco arrancando o dente (BRASIL, C., 2014a).

Dilma ocupa um lugar peculiar na história nacional: ela simboliza todos os momentos de efetivação ou negação de direitos das mulheres no País desde a ditadura militar até a atual crise política, que tem como algumas de suas características marcantes a desigualdade e a violência de gênero. Desde o período ditatorial, a ex-presidenta nega papéis de gênero socialmente convencionados, o que é muito evidente por sua participação na política nacional, pois foi a primeira mulher a atuar como secretária da Fazenda em Porto Alegre, a primeira mulher a exercer os cargos de ministra de Minas e Energia do Brasil, de chefe da Casa Civil e de presidenta da Nação.

Em 31 de agosto de 2016, Dilma Rousseff sofreu um golpe de Estado e Michel Temer assumiu a presidência do Brasil, sendo o seu governo o primeiro desde Ernesto Geisel (1974 -1979) a não ter nenhuma mulher chefiando um ministério. A sua trajetória pessoal é um excelente indicativo de que as características da justiça transicional brasileira – sobretudo no que se refere à situação das mulheres militantes – são determinantes para a atual instabilidade institucional e democrática, para a falta de efetivação de direitos das mulheres e para os índices de desigualdade de gênero no

Brasil.

5. A justiça de transição e seu papel em relação às violências sexuais e de gênero:

A Justiça Transicional é definida como:

[...] conjunto de medidas e mecanismos associados à tentativa de uma sociedade de lidar com um legado de abusos em larga escala no passado, buscando assegurar legitimidade (accountability), justiça e reconciliação (MEYER, 2012, p. 225).

Nos processos transicionais, o Direito possui um papel transformador. O seu objetivo principal é fazer com que uma nação se reconcilie com o seu passado para construir um novo futuro. Seus efeitos benéficos também são perceptíveis – nos países onde eles se efetivaram, há um aumento da confiança nos órgãos estatais, bem como no Direito em si. Já naqueles em que os esforços transicionais são diminutos, persiste uma falta de credibilidade nas instituições democráticas, oriunda de uma desconfiança em relação ao Estado.

Nesse sentido, as ditaduras latino-americanas que ruíram no fim dos anos 1980 trouxeram grandes avanços na construção de uma Justiça de Transição moderna. Tanto a Argentina quanto o Chile iniciaram processos transicionais pouco depois do fim de suas ditaduras, sendo mundialmente reconhecida a notoriedade do esforço argentino de responsabilização penal e do esforço chileno pelo direito à memória e à verdade em prol de reais transições democráticas (MEYER, 2012 p. 228-229). Embora exista uma enorme proximidade geográfica entre esses países e o Brasil, neste o esforço por uma efetiva Justiça de Transição foi muito mais incipiente e os seus benefícios são, consequentemente, bem menos perceptíveis.

As primeiras iniciativas pelo direito à verdade começaram ao final da década de 1990 e a Comissão Nacional da Verdade (CNV) só foi instituída em 2012. Esse interesse tardio e diminuto sobre o tema resultou em um expurgo insuficiente dos mecanismos ditatoriais. Nesse diapasão, no panorama brasileiro e no dos demais países em que há uma “política de esquecimento” sobre as ditaduras – que suprime e negligencia os esforços pelo conhecimento da verdade –, as violências sexuais e de gênero ocorridas nesses períodos são ainda mais subjugadas. Mesmo no âmbito da Justiça de Transição, em que o interesse por essas temáticas deveria ser prioritário, a questão é relegada a um segundo plano, indicando a posição subsidiária da preocupação em relação a essas violências e do reconhecimento de uma necessidade de combate e mudanças nessa seara pela atual sociedade. Conforme relata a Comissão Nacional da Verdade:

Tragicamente persistentes, inclusive em períodos democráticos, as peculiaridades envolvendo violência de gênero e violência sexual com frequência contribuem para tornar as

vítimas invisíveis, inclusive pela subnotificação dos casos, ou marginalizá-las. O fato de os crimes terem sido cometidos por agentes públicos encarregados de proteger a sociedade, a vida e a integridade física de seus cidadãos só fez aumentar o sofrimento da maioria dos sobreviventes, que ainda hoje padecem ao lidar com o estigma em torno dos crimes sexuais, a indiferença da sociedade e a impunidade dos violadores (BRASIL, C., 2014a, p. 422).

O silêncio que recai sobre as violências sexuais e de gênero – sobretudo durante os momentos de transição de regimes – dificulta as formas de responsabilização posteriores dos agentes ditatoriais. A inação do Estado fortalece os pressupostos da violência: deixa implícita a necessidade de punição para quem desvia dos padrões de gênero impostos socialmente, reiterando a subjugação feminina e atravancando avanços pretendidos relacionados aos direitos das mulheres. Considerando o conceito de gênero enquanto performatividade, é possível situar as violências perpetradas pelos agentes da ditadura e as sofridas pelas mulheres nas democracias contemporâneas como duas faces de uma mesma moeda: formas de conformação dos corpos femininos a padrões de gênero rígidos, frutos de sociedades machistas e patriarcais. Em se omitir, a Justiça de Transição perde a oportunidade de superar o legado misógino de regimes ditatoriais e favorece a perpetuação das violências sexuais e de gênero em Estados Democráticos de Direito.

6. Considerações finais:

A desigualdade de gênero é um dos grandes impeditivos para a consolidação de uma experiência democrática na história de um país. Esse panorama é passível de confirmação por meio de uma comparação entre os seus índices e entre os percentuais de participação feminina na política: enquanto o Brasil tem um índice de desigualdade de gênero de 0.457 e tem apenas 9.6% de cadeiras no parlamento ocupadas por mulheres, a Argentina ostenta um índice de 0.376 e um total de 36.8% de ocupação feminina dessas cadeiras (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015). Nesse sentido, é evidente que uma das dimensões da atual instabilidade política nacional favorecida pelas características da justiça transicional brasileira é a da permanência dos ideais machistas do regime ditatorial tanto no imaginário das pessoas, quanto no aparato estatal, os quais inviabilizam a efetivação de muitos direitos das mulheres no País.

Alguns episódios confirmam esse panorama. Em dezembro de 2014, a deputada Maria do Rosário (PT-RS) sofreu ataques por parte do deputado Jair Bolsonaro (PSC-RJ), que afirmou que “só não a estupraria, porque ela não merecia”. No dia primeiro de abril de 2016, a Revista IstoÉ elegeu como tema para a sua matéria de capa o pretenso descontrole emocional da então presidenta Dilma Rousseff, cujo título foi “As explosões nervosas da presidente”. Nesse mesmo contexto, dezessete dias depois, a Revista Veja publicou uma reportagem repleta de elogios a Marcela Temer, esposa do então vice-presidente Michel Temer, intitulada: “Bela, recatada e do lar”. Uma matéria com a exaltação dessas características (mesmo que elas em si não sejam

um problema) em uma das revistas de maior circulação nacional indica que valores bastante reacionários ainda são muito idealizados na atual conjuntura política.

Os recorrentes anseios pela mitigação da resistência de mulheres na esfera política estão, nesse diapasão, diretamente relacionados à ditadura militar brasileira, quando os torturadores desejavam cessar não somente a oposição política feminina ao regime, como também restituir as militantes aos papéis de gênero socialmente estipulados de “esposas”, “mães” e “filhas”. Este artigo demonstrou que com base nos pressupostos da teoria *queer*, é possível compreender que as violências sexuais e de gênero praticadas durante as sessões de tortura extrapolaram o âmbito do combate à dissidência política e buscaram conformar as mulheres aos papéis sociais esperados do gênero feminino. A especificidade dessas violações afeta de forma muito gravosa a existência dessas pessoas e, quando a Justiça de Transição se silenciou em relação a elas, houve um fortalecimento das concepções machistas e patriarcais na democracia brasileira.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, v.1: 2011-2014. Brasília: Governo Federal, 2014. 976 p.

_____. Comissão Nacional da Verdade. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, v. 3: 2011-2014. Brasília: Governo Federal, 2014. 1996 p.

BUTLER, Judith. Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade. 8 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

JEWKES, R., SEN, P., GARCÍA-MORENO, C. “Sexual violence”. In: E. G. Krug et al. (Eds.) World report on violence and health. Genebra, Suíça: Organização Mundial da Saúde. 2002.

MERLINO, Tatiana, OJEDA, Igor. Direito à memória e à verdade: Luta, substantivo feminino. São Paulo: Caros Amigos, 2010.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2012. 280f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Declaração Sobre a Eliminação da Violência Contra as Mulheres. 18 de dezembro de 1979.

_____. United Nations development programme. Human Development Report 2015: Work for Human Development. Nova York: 2015.

LEI MARIA DA PENHA: POR UMA IGUALIZAÇÃO DE GÊNERO NO E ATRAVÉS DO DIREITO

Jahyra Kelly de Oliveira Sousa¹

RESUMO: Este trabalho pretendeu contribuir com as discussões acerca das relações de gênero na sociedade Brasileira no que diz respeito às condições desiguais às quais mulheres e homens são submetidos em função das identidades e papéis sociais de gênero. Tratou-se de pesquisa bibliográfica envolvendo três áreas do conhecimento: direito, história e sociologia, cuja proposta teórica foi de estabelecer um diálogo interdisciplinar entre teorias e áreas afins: jurídica, histórica e sociológica. A discussão gira em torno de quem são os(as) cidadãos(ãs), de como estão construídas as identidades sociais e como desconstruí-las, visto que são fontes de violências e desigualdades. Há obviamente intensa fragmentação de opiniões. Mas o ponto chave ao qual se voltou este artigo foi de realizar uma substancial problematização do que é gênero, a partir de Scott (1989), no que diz respeito às relações sociais, dando ênfase às violências doméstica e familiar contra as mulheres a partir de Saffioti (2004) e Bourdieu (2007).

Palavras-chave: Patriarcado. Gênero. (Des)igualização. Direito. Lei Maria da Penha.

ABSTRACT: This work aims to contribute to discussions about gender relations in Brazilian society with regard to unequal conditions which women and men are subjected according to the identities and gender roles. It was a bibliographical survey of three areas of knowledge: law, history and sociology, whose theoretical proposal was to establish an interdisciplinary dialogue between theories and related fields: legal, historical and sociological. The discussion revolves around who are (as) citizens (as), how they are constructed social identities and how to deconstruct them, as they are sources of violence and inequality. There is obviously intense fragmentation of opinions. But the key point that turned this article was to hold a substantial questioning of what is gender from Scott (1989), with regard to social relations, emphasizing domestic and family violence against women from the Saffioti (2004) and Bourdieu (2007).

Keywords: Patriarchate. Genre. (Des) equalization. Right. Maria da Penha Law.

1. Introdução

O presente artigo pretende, através do diálogo de teorias e áreas afins, jurídi-

¹ Graduada em Ciências Sociais, mestranda no Programa de Pós Graduação em Sociologia pela Universidade Federal do Piauí, bolsista pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Piauí. Email: jahyrakel25@hotmail.com

ca, histórica e sociológica, trabalhar a temática da igualização² de gênero na sociedade e no Direito brasileiro a ser conquistada através deles próprios (sociedade e Direito). Vive-se um momento de grande euforia no que diz respeito às relações sociais pautadas nos gêneros, no sentido de reconhecimento ou desconhecimento social e jurídico de sujeitos que não se encontram formatados aos papéis tradicionais (masculino e feminino, incluindo funções e sexualidades) e ainda no sentido de resignificar estes dois papéis.

Há obviamente intensa fragmentação de opiniões. Mas o ponto chave ao qual se volta este artigo é de realizar uma substancial problematização, que não tem sido feita (por resistências tradicionalistas), do que é gênero no que diz respeito às relações sociais, dando ênfase às violências doméstica e familiar contra as mulheres. E indo além, uma vez que, fala-se em cidadania e consequentemente direitos e deveres, estabelecer uma relação histórica entre as relações de gênero e o Direito Brasileiro.

Para nortear a discussão parte-se da seguinte problemática: Qual a relevância sociojurídica da lei Maria da Penha, Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006, para a igualização de gênero no e a partir do Direito, e a que medida essa igualização vem acontecendo?

2. O que é Gênero e de que Forma deve ser Pensado Junto ao Direito

Para discutir gênero e buscar respostas a essas perguntas, deve se observar duas proposições sobre gênero colocadas por Joan Scott (1989): a primeira como sendo um elemento constitutivo das relações sociais que é baseado nas diferenças percebidas entre os sexos e a segunda como uma forma primeira de significar as relações de poder.

Gênero não é sinônimo de mulheres, devido seu aspecto relacional. Também não é sinônimo de sexo, mas há relação intrínseca entre eles, pois, os gêneros apesar de serem construções sociais são definidos a partir do sexo biológico, de forma a corresponder a ele. Aos homens são atribuídos elementos que compõem a esfera do masculino e às mulheres elementos que compõem a esfera do feminino, homens e mulheres são definidos (tal definição também é uma normatização social) a partir da genitália, masculino e feminino são construções sociais atribuídas aos sujeitos definidos³.

Vistas dessa forma, as relações sociais de gênero não se dão exatamente por escolhas individuais de papéis dos/pelos sujeitos. Homens e mulheres ao nascerem em dada cultura já possuem papéis pré-estabelecidos de acordo com o sexo. Nessa linha, Joan Scott (1989), aponta outros quatro elementos quando aborda gênero como ele-

² Termo utilizado no sentido de serem ofertadas oportunidades diferenciadas, mas que coloquem os sujeitos no mesmo patamar, em contraposição à ideia fictícia de uma igualdade e neutralidade social e jurídica existente.

³ O que nos faz entender que Simone de Beauvoir (1967) fora bastante perspicaz ao afirmar que “Não se nasce mulher, torna-se.”, uma vez que, para ser homem ou mulher não basta nascer com o sexo que corresponde a cada um deles, mas uma vez nascido com o sexo que se diz ser mulher, ao longo da vida vão lhe sendo postas atribuições do ser feminino, da mesma forma com os homens, não se nasce homem, torna-se.

mento constitutivo das relações sociais: símbolos culturalmente disponíveis; conceitos normativos; bipolaridade dos gêneros; identidade subjetiva (somados dão vida aos processos de socialização).

A soma desses elementos explica-se da seguinte forma: uma cultura cria símbolos que correspondem ao masculino e ao feminino (brinquedos e cores, por exemplo) e legitimam-nos através das normas sociais (por exemplo, homens educados para o trabalho, vida pública, e mulheres educadas para o cuidado com a casa e com os filhos, vida privada), que por sua vez, trabalham sob a ótica do binarismo de gênero, ou seja, só legitimam dois papéis sociais: masculino e feminino, que consequentemente criam apenas dois sujeitos, homem e mulher pautados nas identidades biológicas, no sexo.

Tomando a segunda proposição de Joan Scott (gênero como elemento signifiicante das relações de poder), tem-se que as relações sociais de gênero estão envoltas por níveis de poder que se tornam flexíveis, e são conforme Foucault (1995) as micro físicas do poder. E é o exercício desses níveis de poder que define as (des)igualdades e violências de gênero. Estas que de maneira geral podem ser explicitadas como toda conduta que provoque dor ou sofrimento a alguém e são realizadas fundamentando-se nos papéis de gênero, assim pode ocorrer entre diferentes, mas também entre iguais. (SAFFIOTI, 2004)

Entendido desta forma, o domínio pode estar em maior escala nas mãos de homens, como também, por mudanças socioculturais estar em maior escala nas mãos das mulheres, ou mesmo equilibrar-se. A concentração de poder nas mãos de homens⁴ tem-se demonstrado majoritária (SAFFIOTI, 2004) culminando nas violências de gênero contra as mulheres, ocorrendo não só no âmbito privado como também público e nas mais diversas formas de violência. Essa predominância da mulher como agredida ocorre, devido aos processos de socialização dos sujeitos, da forma demonstrada por Joan Scott (1989).

Dessa forma, a análise histórica do Direito se faz, então, concomitante à da formação da sociedade brasileira com ênfase em como vêm sendo estabelecidas as relações de gênero e de cidadania. Os significados e delimitações daquilo que se pesquisa parece ser o melhor ponto de partida para toda e qualquer pesquisa, assim outros questionamentos são pertinentes: o que é o Direito? Como se forma o Direito? Para que e para quem ele serve?

Respostas a estas perguntas são encontradas nas discussões fundamentadas pela Teoria Crítica do Direito, modalidade específica da Teoria Crítica. Esta conforme Wolkmer (2003) observa toda atividade humana e não apenas acontecimentos que foram sendo considerados importantes, em detrimento de outros, pela historiografia tradicional.

⁴ Como será observado, no curso da história em alguma medida mulheres também possuíam e possuem algum poder, não sobre os *paters*, mas sobre outras mulheres (no caso da relação entre senhoras e escravas) ou sobre as crianças (no cumprimento do dever de cuidado) ou sobre escravos. O que não reverte o quadro de dominação de homens sobre mulheres, mas permite observar a flexibilização do poder.

3. Histórias que se Cruzam: A relação do Direito com a (des)igualdade de gênero na sociedade Brasileira.

O Brasil como se sabe, foi colônia de exploração de Portugal, sendo os primeiros encarregados por essa colonização indivíduos que de alguma forma infringiam a moral e mesmo as leis portuguesas. E foram enviados para povoarem o Brasil como forma de punição para eles e para a coroa portuguesa como meio de demarcar terras (PRADO JUNIOR, 2011). As primeiras leis foram de povoamento e propriedade aos moldes da metrópole, sobrepondo-se aos costumes e também normas dos que já habitavam estas terras, os índios brasileiros.

A priori (1520 a 1549), a forma de organização social e exercício do Direito de propriedade e também patrimônio, foram as capitanias hereditárias. Estas que eram responsabilidade de homens, denominados donatários, cujos herdeiros eram os filhos varões. A ordem de manutenção dessa organização e também forma de constituição familiar era o patriarcado (também de origem romana), ou seja, mulher, filhos e demais parentes e escravos respondendo aos comandos e desejos do patriarca/*pater*, sendo eles voltados para o cuidado com a propriedade.

Os papéis delimitados vão aos poucos sendo legitimados pelas várias instituições sociais (Religião, Escola, Estado e Direito), de forma que com o tempo naturalizam-se nas mentes e corpos das pessoas. (BOURDIEU, 2009). Nessa sociedade colonial, aos indivíduos foram delimitados papéis sociais, não só distinguindo homens e mulheres como se só houvesse dois grandes grupos definidos pelo sexo biológico, mas foram feitas delimitações e marcações sociais entre eles pelas condições socioeconômicas, étnicas e de gênero. Essas diferenças entre os sujeitos vão também delineando diferenças no Direito, no sentido de saber 'para que e para quem ele serve'.

Nesse período inicial cuja preocupação jurídica era com a propriedade, havia dois instrumentos jurídicos formais: cartas de doação e os forais. As primeiras para a legitimidade da posse, direitos e privilégios dos donatários assegurados pela Metrópole e sobre os quais se pagavam tributos. Os segundos "indicavam direitos e deveres aos possuidores para receber tributos, proteger pessoas e bens da terra, aplicar penas aos delitos e contravenções, indicar o foro de julgamento e detenção." (WOLKMER, 2003, p.61).

No que toca à estrutura política do país, esta se constitui sem identidade nacional, distante das condições e interesses locais, voltada completamente aos interesses da metrópole. "A Metrópole absolutista instaurou extensões de seu poder real na Colônia, implantando um espaço institucional que evoluiu para a montagem de uma burocracia patrimonial." (WOLKMER, 2003, p.51) Para resguardar os interesses da coroa foi necessário o diálogo e posterior aliança com as elites agrárias locais ou grandes proprietários rurais. Essa aliança possibilitou a criação de um Estado voltado às necessidades hegemônicas dessa aliança, ou seja, um Estado intervencionista, classista e desigual.

Em 1549, com a falha do sistema de capitanias, Portugal instaurou um novo sistema: o Governo-geral, que consistia na nomeação direta pelo rei de um governador à colônia. Apesar dessa centralização do poder nas mãos de um governo central

as capitanias não deixaram de existir, mas sujeitavam-se a ele. Houve nesse momento uma expansão legislativa.

Conforme Gueertz (2008,p.4), sob o prisma da semiótica “o homem é um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu, assume a cultura como sendo essas teias e a sua análise”. Ou seja, o conjunto de crenças, práticas, a linguagem que os indivíduos criam e aos quais sujeitam-se para a vida em sociedade e os seus significados. A cultura estabelecida no Brasil colônia com fechamento da Metrópole às mudanças que ocorriam na Europa nos séculos XVI ao início do XVIII decorrentes da Reforma Protestante, optando pelo movimento de contra- Reforma fundou-se no apego ao tradicionalismo da cultura patriarcal, “senhorial, escolástica, jesuítica, católica, absolutista, autoritária, obscurantista e acrítica”. (WOLKMER, 2003,p.55).

Passando ao Império, com a independência do Brasil em 1822, e após ele o ingresso na República, foram sendo ratificadas as desigualdades, apesar disso sempre houve e foram também crescendo as resistências dos grupos e sujeitos marginalizados ou não detentores de cidadania. Houve, como demonstra Wolkmer (2003), discrepâncias na modalidade de liberalismo estabelecida no Brasil. Primeiramente por não ter surgido de um processo revolucionário social, mas da vontade do próprio governo por interesses bem específicos. Em seguida por ter sido colocada sob o discurso democrático, liberal, porém assumindo claramente posturas oligárquicas, sendo o maior exemplo dessa relação, a manutenção da escravidão até 1888 quando da promulgação da Lei Áurea.

No que toca ao Direito nesse novo período, carecia também de emancipar-se da Metrópole, acabou, por consequência, seguindo também a linha do liberalismo deturpado. Com notável caráter ‘juridicista’ pautou-se na orientação de criar leis gerais, neutras como ideário do liberalismo, porém voltado a atender os interesses do Estado. Agora não mais Metrópole, mas Estado Brasileiro, com interesses ainda bastante específicos e segregadores. (WOLKMER, 2003)

Outorgada a Constituição de 1824, instituiu-se uma monarquia parlamentar. O texto da lei trazia garantias de cunho liberal: direito à propriedade, liberdade, segurança, etc., porém a distinção social, grandes proprietários e pequenos proprietários, (ex)escravos, mulheres. Até o século XIX, as meninas ao iniciarem seus ciclos menstruais, por volta dos 12 ou 13 anos, já estavam “aptas” para casar. Isso em termos de classe média, para quem era possível o matrimônio, pois que exigia da parte da família da moça, o dote. Infância da época era apenas a demarcação da chegada das “regras”. Escravas e criadas nessa faixas etária já estavam na vida do trabalho e serviço, além de serem frequentemente violentadas por patrões ou parentes. (HABNER, 2012)

Mesmo as senhoras, mulheres das elites, eram pouco alfabetizadas⁵ como demonstra Habner (2012), por esse motivo não há por parte delas muitos escritos como fontes de pesquisa. As informações sobre como viviam advêm em sua maioria

⁵ De acordo com o primeiro censo nacional, 1872, 19,8% da população masculina e 11,5% da população feminina sabia ler e escrever. Mesmo nas elites menos mulheres que homens eram alfabetizadas e esta era basicamente para aumentar o valor da moça no mercado matrimonial. (HABNER, 2012,p.57)

de viajantes estrangeiros que passaram pelo país na época. Como já colocado anteriormente, as mulheres, fossem elas esposas, escravas ou criadas, eram subordinadas desde a colônia, à autoridade de homens, fossem pai, marido ou patrão (HABNER, 2012). O século XIX, devido o processo de urbanização, diversificação da economia e uma sociedade cada vez mais complexa, com uma diversidade socioeconômica crescente, foi também um momento de reivindicações feministas.

Foi no Império que o status de poder atribuído aos juristas e operadores do Direito foi construído, uma vez que se tratava de meio direto através do qual o governo se munia, legitimava e legalizava, a magistratura tornou-se a mais eficiente instituição. Além disso, as relações entre magistrados e política não eram nada dissociadas, tanto que os primeiros podiam candidatar-se a cargos políticos, ou seja, havia entre eles e políticos relações de amizade e camaradagem. Assim, “há de se registrar o aparecimento de práticas revestidas de nepotismo, impunidade e corrupção em diversos segmentos da magistratura luso-brasileira”. As elites agrárias foram com o tempo perdendo força e poder econômico, principalmente com o fim da escravidão (WOLKMER, 2003, p.120).

A República iniciada em 1889, voltada aos interesses agrário-exportadores, com um novo objeto de cultivo e comercialização, o café, concentrando-se no sudeste. Surge então uma nova elite dominante. Para resguardar esse novo mercado e os interesses dessa elite as normas jurídicas passaram a funcionar, a constituição de 1891 fornecia essa garantia. Com o crescimento populacional e surgimento de novos grupos sociais, decorrente da formação urbana trazida pelo crescimento fabril, houve a pressão para que o Estado assumisse a centralização do poder, esperava-se que com isso ele conseguisse atender a todos. (WOLKMER, 2003)

O processo de industrialização requeria mais mão-de-obra, mas a sociedade tinha que lidar com o problema de grande mortalidade infantil. Então entenderam (Estado, médicos, juristas, pedagogos etc.) que para o mercado dispor de mão-de-obra suficiente e verem o desenvolvimento econômico do país era necessário cuidar das crianças. Só aí, já entrando no século XX, uma delimitação mais clara de infância foi estabelecida, de 0 a 18 anos, meninos e meninas estariam em formação física e psicológica. (AREND, 2102)

É interessante observar que as práticas sexuais e a gravidez de meninas tão jovens, só foi repudiada por uma necessidade de mercado e não por uma questão de reconhecimento de Direitos das mulheres, ainda meninas. Ou seja, por mais que tenha ocorrido a construção de uma nova identidade da infância, não fora paralelamente dialogada, uma identidade das mulheres que as retirasse da posição de sujeitos dominados, subsumidos, cuidadoras. Significa que, essa nova concepção de infância ofertou sem dúvida uma proteção às mulheres, mas a ausência de qualquer problematização⁶ para além do mercadológico permitiu que as práticas advindas de séculos e legitimadas nas mentes e corpos dos indivíduos permanecessem, obviamente não de

⁶ O sexo tornou-se um tabu, não se devia praticá-lo, mas tão pouco se poderia falar sobre ele, a ausência de diálogo percorre para a ignorância. Permaneceram os papéis masculinos e femininos, seguindo a regra da desigual distribuição de poderes.

forma generalizada.

Na década de 1930, período de crise econômica decorrente da quebra da bolsa de Nova York no ano anterior, ocorreu a Revolução de 30. As elites políticas dominantes de São Paulo e Minas Gerais até então aliadas, romperam relações lançando candidatos diferentes à presidência. Júlio Prestes, paulista, fora eleito, porém sob um momento conflituoso, inclusive marcado pela morte de João Pessoa, candidato a vice de Getúlio Vargas, pelo lado mineiro, apoiados pelo Rio Grande do Sul e Paraíba. Assim, fora estabelecida a revolta militar, derrubando o governo de Prestes e assumindo provisoriamente Getúlio Vargas. (AURÉLIO, 2009)

A preocupação em resguardar a infância foi explicitada na legislação trabalhista criada no governo de Getúlio Vargas, o Código de Menores de 1927, proibia trabalho infantil (AREND, 2012). As regras desse novo modelo de infância e mesmo o cumprimento dos papéis masculinos e femininos estabelecidos, só podiam ser cumpridos a risca pelas classes médias e altas, uma vez que as famílias com baixas condições socioeconômicas necessitavam que todos os seus integrantes, inclusive as meninas, trabalhassem. Assim, combater o trabalho infantil sem ofertar meios de cobrir as necessidades de vida das famílias e crianças mais pobres não foi eficaz.

Em 1932, o então presidente Getúlio Vargas, sancionou a lei que aprovava o voto feminino, restrito às mulheres casadas com autorização dos maridos, reivindicado pela Federação Brasileira para o Progresso Feminino. (LOURENÇO, 2015) Trata-se sem dúvida, de outra significativa conquista, mas é fático que assim como as demais se deu sem a necessária problematização das relações de gênero. De forma que a concepção da mulher como ser mais frágil e naturalmente sensível permaneceu e continuou sendo repassada através de novas normas legitimadoras. O próprio governo Vargas em 1941 assinou o Decreto lei 3.200 que, dentre outras questões, estabelecia a forma de serem educados homens e mulheres em prol da família. (SILVIA SCOTT, 2012)

A partir da década de 60 o movimento feminista se consolidou no Brasil. Teorias e críticas às várias instituições sociais foram sendo construídas, dentre elas a crítica à ciência jurídica. Na década seguinte, quando ainda era admitida a alegação da ‘tese da legítima defesa da honra’ alegada por maridos que violentavam suas esposas (CAMPOS, 2011), “grupos de mulheres foram às ruas com o slogan quem ama não mata, levantou-se de forma enérgica a bandeira contra a violência, sendo este tema incluído na pauta feminista[...]” (CALAZANS; CORTES, 2011, p.39).

O movimento feminista desde sua constituição no Brasil foi reconhecendo a importância do legislativo, ou melhor, do Direito como via de reconhecimento e acesso à igualização. O movimento feminista passou “a desenvolver sua capacidade de estabelecer diálogo com o poder legislativo na propositura de leis que contemplassem a cidadania feminina tolhida.” (BARSTED, 2007, p.120). As décadas de 80 e 90 foram marcadas por reformas legais em prol dos direitos das mulheres. Foi no ano de 1983 que Maria da Penha Maia Fernandes, a mulher que pouco mais de duas décadas depois fora homenageada dando nome à Lei 11.340/2006, sofreu duas tentativas de homicídio tendo por algoz o próprio marido.

Dentre as alterações no Código Penal pode-se considerar: em 1984⁷, do artigo 61 do código penal acrescentando como agravante a prática de crimes contra cônjuge, ascendente, descendente ou irmão; em 1994⁸, estupro e atentado violento ao pudor foram considerados crimes hediondos; agravamento da pena, em 1996,⁹ na prática de crimes contra criança, idoso, enfermo e mulher grávida; revogado o artigo 35 do código penal que negava o direito de queixa pela mulher casada sem o consentimento do marido. (CALAZANS; CORTES, 2011, p.39-40).

A saída do período ditatorial e a redemocratização¹⁰ do Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, demonstrou-se como a grande abertura para o reconhecimento de sujeitos que durante toda a história do país foram ofuscados, inferiorizados, a eles ofertadas poucas e menores possibilidades. Mas mesmo essa abertura foi e é insuficiente (e não descartável ou ignorada¹¹) para que se compreendam e respeitem as diferenças (de gênero, étnicas, socioeconômicas etc.) e mais para que se equilibre a distribuição do poder nas relações sociais de forma a deixar de fato de existir dominantes e dominados.

Essas problematizações precisam ser feitas, é aí que entra a atuação das políticas públicas no sentido de proporem mecanismos de aproximação desses debates e de serviços que as diminuam e tratem de alguns dos seus efeitos (as violências, por exemplo) com a população nas suas mais diversas formas. Partindo desse entendimento é que foi se formando e se fortificando a atual Rede de Enfrentamento à Violência contra a Mulher.

Em 1998, Maria da Penha com o apoio do Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), submeteu o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) por violações aos Direitos Humanos e ao que pactuado na Convenção de Belém do Pará, compondo o pólo passivo a República Federativa do Brasil. Até 2001, o Estado Brasileiro não emitiu resposta à intimação, foi quando a CIDH o responsabilizou por omissão, negligência e tolerância à violência doméstica contra as mulheres. (CALAZANS; CORTES, 2011)

Em 2002 formou-se um Consórcio¹² de Organizações Não Governamentais feministas para elaboração de Lei Integral de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres, exigindo-se a “participação do movimento de mulheres, do Poder Executivo, de parlamentares, de membros da magistratura, de operadores do direito e da sociedade em geral.” O Consórcio tomou por parâmetro as legislações

⁷ Lei 7.209/1984.

⁸ Lei 9.318/1994.

⁹ Lei 9.318/1996.

¹⁰ No sentido de recuperação das instituições democráticas.

¹¹ Como se tem argumentado quando da discussão errônea sobre a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha.

¹² Formado por: Centro Feminista de Estudos e Assessoria; Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos; Ações em Gênero Cidadania e Desenvolvimento; Cidadania, Estudos, Pesquisa, Informação, Ação; Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher; e Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, bem como por juristas e feministas especialistas no assunto. (CALANZAS; CORTES, 2011 p.43)

de outros países, disposições e pesquisas de organizações e encontros internacionais, como a Comissão de Direitos Humanos da ONU, da Convenção de Belém do Pará, etc. (CALANZAS; CORTES, 2011, p.43)

Nos estudos realizados para formulação da lei, uma constatação foi de que aproximadamente 70% dos casos de violência que chegavam aos juizados especiais¹³ tinham mulheres sofrendo violência doméstica. “Além disso, 90% desses casos terminavam em arquivamento nas audiências de conciliação sem que as mulheres encontrassem uma resposta efetiva do poder público à violência sofrida.” (CALANZAS; CORTES, 2011,p.42).

Em sete de agosto de 2006 a Lei 11.340 foi sancionada pelo Presidente. A relevância desta segue uma sequência: primeiro por ser mais um componente da Rede, segundo por representar o reconhecimento, ainda que forçado, da negação de uma das formas de violência contra as mulheres pautada na diferenciação de gênero que advém de séculos. Em terceiro lugar, é importante ressaltar que não se trata de uma ordem hierárquica valorativa, mas permite através das medidas protetivas e da sugestão de uma organização dos órgãos de atendimento especializado que muitas mulheres tenham mais chances de sobreviver, de romper com a violência, de terem uma vida digna.

Um ponto negativo é o apego e apelo exacerbado à criminalização e encarceramento também não resolvem o problema. É o que têm demonstrado os índices de pesquisas sobre feminicídio, por exemplo, realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) sobre a taxa de feminicídio nos períodos de 2001 a 2006 e 2009 a 2011, indicam 5,22 mortes e 5,82 mortes a cada 100 mil mulheres respectivamente, no Brasil. Ou seja, não houve redução. (IPEA, 2015)

Depositar maior porcentagem da responsabilidade ao Estado, ao Direito Penal, processual penal e execução penal não muda o quadro de violência de gênero. Primeiro por serem aparatos legais aos quais, em tese, deveria se recorrer em último e não em primeiro caso. Segundo por terem sido construídos, como demonstrado, pela e para uma sociedade com bases patriarcais e patrimonialistas e não dispõe do conhecimento e nem dos meios necessários para uma ressocialização das pessoas presas.

Trabalhos realizados com mulheres agredidas identificam que para boa parte delas, a auto responsabilização pela situação de violência é marcante, uma vez que acreditam terem falhado de alguma forma no cumprimento de seus papéis de donas de casa e esposas. No caso dos agressores, muitos deles acreditam que suas práticas violentas se mostram na verdade o prático exercício de um Direito. (MENDES; SANTOS, 2015)

Interessante observar que tais posturas, de homens e mulheres, não se verificam apenas em agredidas e agressores que são partes em processos judiciais, mas são percebidas também entre os funcionários dos próprios órgãos de atendimento especializado que por vezes revitimizam as mulheres¹⁴, nas fundamentações de juízes,

¹³ Regulamentados pela Lei 9.099/95.

¹⁴ Ver pesquisas realizadas em Delegacias de Atendimento às Mulheres: MENDES, M. A.; SILVA, P. S., 2011; SILVA, 2010; STREY; WERBA; NORA, 2004.

nas posturas e propostas de representantes do povo¹⁵, bem como de líderes religiosos, educadores, estrelas televisivas¹⁶, etc. E o que são essas posturas e falas se não aproximações suficientemente íntimas da lógica do patriarcado? E se seguem essa mesma sistemática, como é então possível que se mantenha a compreensão imaginária de que é suficiente que esteja escrito na constituição que todos são iguais perante a lei se esta lei se concretiza através desses mesmos indivíduos que reproduzem a sistemática do patriarcado?

4. Considerações Finais

Como se observa através da história, as violências doméstica e familiar contra as mulheres foram e são ainda legitimadas pela sociedade, inclusive por muitas mulheres, não de forma consciente, no sentido de admitir serem violências e sem qualquer sofrimento, mas por naturalização das práticas e normas que colocam a todas as pessoas (homens e mulheres) nessas situações. A Lei Maria da Penha tem significativo papel, permite de certa forma o acesso à justiça por mulheres em situação de violência das mais leves às de mais alto risco. A lei oferece mais possibilidades para quem está numa situação de desvantagem há séculos, as mulheres, permitindo-lhes literalmente viver. Além disso, a lei traz em seu escopo já a noção de gênero tendo em conta seu aspecto relacional, uma vez que, não deixa de lembrar que os homens também são parte no processo e não apenas parte a ser acusada, condenada e presa.

Obviamente, não é a Lei Maria da Penha ou qualquer outra lei que irá diminuir e/ou mesmo findar com as violências de gênero. Pois a lei escrita, não é capaz de remodelar as estruturas sociais. Isso só pode ser feito através das pessoas, da reeducação, dos debates e problematizações das relações entre os indivíduos. A Lei Maria da Penha propõe essas problematizações e debates, assim como a Rede de Enfrentamento como um todo, mas os olhares estão voltados para o objeto errado, uma vez que se tem crucificado por um lado os homens por serem agressores, e também as mulheres, por “se deixarem agredir ou motivarem as agressões”.

Referências Bibliográficas

AREND, Silvia F. Trabalho, escola e lazer. In: PEDRO, Joana M.; PINSKY, Carla B. (orgs). Nova história das mulheres no Brasil. São Paulo: Contexto, 2012, p.65-83.

AURÉLIO, Daniel R. Dossiê Getúlio Vargas: a vida e a trajetória do presidente mais importante da história do Brasil. São Paulo: Universo dos Livros, 2009.

BARSTED, Leila L. A resposta legislativa à violência contra as mulheres no Brasil. In:

¹⁵ O Projeto de Lei nº do Deputado e atual presidente da Câmara Eduardo Cunha reiterando procedimentos abortivos considerados crime e dificultando ou mesmo querem inibir (já que a redação do artigo não é calara) o aborto nos casos legais (estupro e risco de morte da mãe).

¹⁶ Como a sátira da redação do ENEM elaborada por Léo Lins, humorista brasileiro, apresentada no programa The Noite do também humorista Danilo Gentili, disponível em: <www.youtube.com/watch?v=mksn3ewER_M>.

- BEAVOUIR, Simone. O segundo sexo. Livro 1. Tradução Sérgio Millet. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967.
- BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luís Felipe. Feminismo e política: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014.
- BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina. 5ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- _____. Introdução a uma sociologia reflexiva. In: O poder simbólico. Bertrand Brasil, 2009, pp. 17-56
- BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Dispõe sobre violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília, DF, 2006.
- CALAZANS, Myllena; CORTES, Íaris. O processo de criação, aprovação e implementação da lei Maria da Penha. In: Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.39-63.
- CAMPOS, Carmen. Razão e sensibilidade: teoria feminista do direito e lei Maria da Penha. In: _____ (org.). Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FOUCAULT, Michael. Microfísica do Poder. 12ª edição. Petrópolis – RJ. Vozes, 1995.
- GOMES, Rodrigo. Moralismo e machismo imperam em decisões judiciais que envolvem conflitos de gênero. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2014/07/judiciario-ainda-e-moralista-e-machista-em-decisoes-que-envolvem-conflitos-de-genero-3788.html>> Acesso em: 12 de dezembro de 2015.
- HABNER, June E. Honra e distinção das famílias. In: PEDRO, Joana M.; PINSKY, Carla B. (orgs). Nova história das mulheres no Brasil. São Paulo: Contexto, 2012, p.43-64.
- IPEA. Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925sumestudofeminicidioleilgarcia.pdf>>. Acesso em: 07 de dezembro de 2015.
- LEMOES, Fernanda. Entrevista a Joan Scott. Mandrágora, vol.19. n. 19, São Paulo: Universidade Metodista de São Paulo, 2013, p. 161-164.
- MENDES, M. A. e SILVA, P. S. Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher: Os Problemas e Desafios no Combate à Violência. Trabalho apresentado no III Seminário Internacional violência e conflitos sociais: ilegalismos e lugares morais, ocorrido de 6 a 9 de dezembro de 2011, em Fortaleza – CE.

MENDES, Mary A. e SANTOS, Valdonilsson B. Produções de masculinidades no contexto da violência de gênero. In: V Reunião Equatorial e Antropologia e XIV Reunião de Antropólogos do Norte e Nordeste, 2015, Maceió. Anais... Disponível em <[http://www.reaabanne.com. br/?menu=resumo&codResumo=4392](http://www.reaabanne.com.br/?menu=resumo&codResumo=4392)>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

PRADO JUNIOR, Caio. A formação histórica do mundo contemporâneo: colônia. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ROMEIRO, Julieta. A lei Maria da Penha e os desafios da institucionalização da “violência conjugal” no Brasil. In: MORAES, Aparecida F.; SORJ, Bila (orgs). Gênero, violência e direitos na sociedade brasileira, RJ: 7 Letra, 2009.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. Para além da violência urbana. In: _____. Gênero, patriarcado, violência. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SCOTT, Ana S. O caleidoscópio dos arranjos familiares. In: PEDRO, Joana M.; PINSKY, Carla B. (orgs.) A nova história das mulheres. São Paulo: Contexto, 2012.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para análise histórica. Nova York, Universidade de Columbia. 1989.

SILVA, Juliana M. da, Atendimento às mulheres em situação de violência. In: Fazendo gênero 9: diásporas, diversidades, deslocamentos, Fundação Perseu Abramo, 2010.

STREY, Marlene N.; WERBA, Graziela C.; NORA, Thais C. “Outra vez essa mulher”? Processo de atendimento a mulheres em situação de violência nas Delegacias da Mulher do RS in STREY, Marlene N.; AZAMBUJA, Mariana P. R. de; JAEGER, Fernanda P. (organizadoras). Violência, gênero e políticas públicas. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

WOLKMER, Antônio C. História do Direito no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PARLAMENTO VERSUS CORTE

CASO ROE VS. WADE:

QUEM DEVE DECIDIR SOBRE ABORTO NO BRASIL

Raphaela Borges David¹
Amanda Teixeira Izidório²

RESUMO: O presente artigo é um estudo sobre as perspectivas hermenêuticas levantadas pela Suprema Corte norte-americana no caso Roe vs. Wade, principalmente no que diz respeito ao papel da Jurisdição Constitucional na efetivação de direitos das mulheres. Pretendeu-se questionar qual seria o papel do direito e da Corte Constitucional em momentos de recessão democrática, como garantia de direitos humanos e das conquistas já alcançadas. Logo, os debates em torno da decisão da Suprema Corte no caso Roe vs. Wade podem ser úteis como paradigma de postura interpretativa a ser tomada pelos tribunais como instrumento de emancipação das mulheres através da estrutura do direito. Conclui-se, assim, preliminarmente, que no cenário constitucional-democrático o Poder Judiciário estaria mais apto a proteger a liberdade e a igualdade, uma vez que se encontra inserido dentro de um sistema constitucional que impõe uma argumentação que dê igual consideração e respeito a todos, para além das barganhas e interesses de grupos políticos no Congresso Nacional.³

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Hermenêutica Constitucional. Teoria dos Diálogos Institucionais. Aborto. Direitos da Mulher.

ABSTRACT: The current article is a study about the hermeneutical perspectives risen by the North American Supreme Court for the Roe vs. Wade case, mainly in terms of the Constitutional Jurisdiction role on the effectuation of women's rights. It was intended to question what would be the role of the Constitutional Court in times of democratic recession, as a guarantee of human rights and the achievements already logged. Thus, the debates surrounding the decisions of the Supreme Court for the Roe vs. Wade case might be useful as a paradigm of interpretative posture to be assumed by the tribunals as an instrument of feminine emancipation throughout the legal structuration. Is concluded, preliminarily, that at the constitutional-democratic

¹ Coordenadora do Projeto de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais, da Faculdade Dinâmica. Mestre e Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora e Coordenadora no curso de Direito da Faculdade Dinâmica – Ponte Nova/MG. Professora Substituta no Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa. Membro do Coletivo Feminista Vamos Juntas – Ponte Nova/MG.

² Graduanda em Direito pela Faculdade Dinâmica – Ponte Nova/MG. Bolsista voluntária de iniciação científica no Projeto de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais da Faculdade Dinâmica – Ponte Nova/MG.

³ O presente artigo é fruto de Iniciação Científica da Faculdade Dinâmica, na cidade de Ponte Nova/MG, no Projeto de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.

scenario the judiciary may be abler in protecting the freedom and equality, once it is founded inside a constitutional system the imposes an argumentation which gives the same regarding e respect to all, for way over the bargain and interests of political groups at the National Congress.

Keywords: Judicial review. Constitutional Hermeneutics. Theory of Institutional Dialogs. Abortion. Women rights.

1. Introdução

Em um primeiro momento situaremos o panorama político e social que estava acontecendo nos Estados Unidos, quando a Suprema Corte norte-americana decidiu a descriminalização do aborto a partir do precedente no caso aqui abordado.

Ainda no primeiro capítulo, faremos uma narrativa acerca do processo judicial iniciado por Norma McCorvey (Roe) contra o estado do Texas, e a repercussão e reações sociais que sobreveio deste fato.

Num segundo momento, abordaremos partindo da teoria dworkiana a respeito da integridade política, a aplicação da noção de responsabilidade emanada desta teoria correlacionando com o tema proposto. Sendo assim, neste capítulo colocaremos a importância do direito como instrumento para expressar uma responsabilidade política que se respalda nos valores mais amplos de uma comunidade, fundamentando esta moralidade na liberdade pessoal.

No terceiro capítulo, nos debruçamos na Teoria dos Diálogos Institucionais desenvolvido por Conrado Medes e abordaremos através desta, a tensão da democracia e Constituição no que diz respeito às garantias da autonomia reprodutiva da mulher.

Por fim, como última análise, apontaremos, de forma a relacionar a Teoria dos Diálogos Institucionais, quem detém a capacidade, no atual cenário político brasileiro, de decidir a favor da descriminalização do aborto.

2. O caso Roe versus Wade

O caso Roe vs Wade, é um dos casos mais famosos já julgados na Suprema Corte norte-americana, ganhando seu reconhecimento e importância não só nos Estados Unidos, mas também no mundo inteiro. Tomando-o como um certo valor simbólico, é cabível dizer que o caso é uma referência jurídica no que diz respeito ao aborto, recebendo, até os dias atuais, críticas e análises.

O que foi decidido na Suprema Corte norte-americana espelhou reação não só no território norte-americano, mas uma reação global. Além de uma crescente demanda liberalista dos grupos pró-aborto nos países europeus, reações aversivas surgiram dentro e fora dos Estados Unidos, bem como em países como a Irlanda, que além de restringir o aborto em suas clínicas, impediram mulheres grávidas de saírem do território irlandês e dificultando a circulação de informações sobre clínicas abortivas no território europeu.

Inicialmente, situando o panorama político e social que os Estados Unidos estavam vivenciando naquela época, por volta da metade do século XIX, o sistema jurídico norte-americano adotou leis rigorosas no que diz respeito ao aborto. Em contrapartida, ocorria paralelamente ao quadro legislativo supracitado a chamada revolução sexual, o que promoveu um maior acesso a contraceptivos, ampliando as possíveis situações em que uma mulher poderia vir a desejar um aborto – como por exemplo, os casos em que grávidas utilizavam de certas medicações durante a gestação na intenção de amenizar os desconfortos dessa fase mas o que estava resultando numa má formação do feto.

Situações comuns a esta supracitada e outras, resultavam na prática de abortos ilegais. Sendo assim, é sabido que inúmeras mulheres vieram ao óbito por terem sido submetidas a procedimentos invasivos, precários e sem um médico responsável e legal. Percebendo que a ilegalidade de uma ação abortiva resultara em problemas de saúde pública, aumentou-se excessivamente a pressão para uma abertura de diálogo e afrouxamento das leis antiaborto.

Segundo Morais (2009, p. 7), é nesse quadro social e político que as mudanças normativas foram sendo iniciadas de estado a estado. O aborto passou a ser permitido em alguns entes apenas para os casos em que a mãe corresse risco de vida. Porém, essa exceção passou a ser questionada, tanto pelos conservadores quanto pelos liberais, uma vez que “risco de vida” era uma colocação muito abrangente, tangenciando a liberdade interpretativa e individual da lei.

Em 1971, Norma McCorvey, que mais tarde passaria a receber o codinome de Jane Roe por suas advogadas Linda Coffee e Sarah Weddington, deu abertura a um processo contra o estado do Texas, para revogar os artigos, os quais tratavam como crime o aborto ou a tentativa, com exceção, como dito anteriormente, quando havia risco a vida da gestante. (MORAIS, 2009, p. 10).

Norma alegava que sua gravidez era resultado de um estupro, e requereu a justiça que a lei que proibia o aborto fosse considerada inconstitucional. Ela queria, de forma voluntária, a realização do aborto em um procedimento legal e seguro, porquanto seu pedido afim de obter uma licença para a prática abortiva fora negado. A negativa foi dada uma vez que a gravidez não traria risco a sua vida. Ademais, não era possível para Roe ir para outro estado realizar o procedimento, já que não tinha condições financeiras para tal. (MORAIS, 2009, p. 11).

Segundo Morais (2009, p.10), um dos argumentos da defesa de Roe, era alegar a inconstitucionalidade da lei do Texas, uma vez que viola o direito fundamental da mulher e a soberania da mesma a respeito do seu corpo e de decidir a hora certa de engravidar.

Porém, as críticas que afirmavam a lei antiaborto como algo inconstitucional, não era exclusivo de Roe. Em conjunto com a ação de McCorvey, um médico licenciado, cujo nome é James Hubert Hallford, interviu nos processos promovidos por Norma em que, segundo Morais (2009, p. 12), Halford alegava que não sabia quando ocorria as exceções da lei nas práticas realizadas por ele durante o exercício de seu trabalho, e que já havia sido preso obtendo dois processos na justiça por conta da realização de abortos. Ele apresentava as seguintes considerações e alegações em

sua defesa:

A amplidão e incerteza do texto da lei violava a Décima Quarta Emenda e como consequência violava tanto o seu direito como o direito de suas pacientes à privacidade, violava o direito ao sigilo entre médico e paciente e até seu próprio direito de praticar a medicina, direitos que ele alegou serem garantidos pela Primeira, Quarta, Quinta, Nona e Décima Quarta emenda. (MORAIS, 2009, p. 12)

O Tribunal do Estado assegurou a legitimidade e interesse de agir tanto de Norma McCorvey quanto de Hallford. (MORAIS, 2009, p. 13). Assim foi definido no Tribunal:

O direito fundamental da mulher solteira e das pessoas casadas de escolher quando terão uma criança é protegido pela Nona Emenda, por meio da Décima Quarta emenda' e a lei penal do Texas que proíbe o aborto é nula neste aspecto porque seus artigos são vagos e construídos em uma base imensamente ampla, sob flagrante desrespeito aos direitos dos requerentes amparados pela Nona Emenda. (MORAIS, 2009, p. 13)

O processo transcorreu com a atuação de *amicus curiae* o que confirma a pluralidade moral assumida por diversos grupos, instituições e pessoas. Em janeiro de 1973, mais especificamente no dia 22, a Suprema Corte norte-americana pronunciou, por sete votos contra dois, que tornaria inconstitucional qualquer lei que proibisse o aborto antes de completar os primeiros três meses da gravidez, e também daquelas que fizessem antes do sétimo mês, com exceções:

nos raros casos em que a o aborto poderia por em risco a saúde da mãe. A decisão, teve como principal argumento a garantia constitucional fundamental do direito à privacidade, no que diz respeito a autonomia reprodutiva da mulher ou casal, tendo como alicerce a liberdade individual assegurada pela Décima Quarta Emenda. (MORAIS, 2009, p. 16)

Conforme proferido pelo juiz Blackmun:

1. O estatuto criminal do aborto no estado do Texas, que exclui a ilicitude da prática somente quando o procedimento deva ser feito para salvar a vida da mãe, sem considerar o estágio da gravidez nem reconhecer os outros interesses envolvidos, viola a cláusula do devido processo prevista na 14a Emenda à Constituição dos estados Unidos.

(a) Até o primeiro trimestre de gestação, a decisão de abortar e a escolha do procedimento pelo qual será realizado o aborto devem ser deixados ao livre julgamento da mulher grávida e do médico que a atender.

(b) Para o estágio subsequente ao primeiro trimestre, o Estado, em razão de garantir a saúde maternal, pode intervir na decisão quanto ao procedimento mais seguro a ser adotado.

(c) Após a viabilidade do feto, o Estado pode, em razão de

seu interesse em proteger a potencialidade da vida humana [410 ESTADOS UNIDOS 113, 165], se assim achar conveniente, regular, e mesmo proscrever o aborto a não ser que o procedimento seja necessário, segundo um julgamento médico apropriado, para a preservação da vida ou da saúde da mãe. (Tradução deles) (BLACKMUND apud MORAIS, 2009, p. 18)

Com essa decisão, garantindo constitucionalmente a autonomia reprodutiva da mulher, o Estado somente poderia interferir na livre decisão da mulher, quando houvesse capacidade do feto obter vida extrauterina, o que é possível a partir da vigésima quarta semana de gestação.

3. A teoria da integridade e o caso *Roe vs. Wade*

Um dos autores que mais se debruçou sobre o tema foi Ronald Dworkin, renomado filósofo do direito das *University College of London* e *New York University of Law*.

Em sua icônica obra *O Império do Direito*, Dworkin estabelece as bases de sua teoria da integridade, voltando o olhar para modo de decidir dos juízes e sua relação com a teoria do direito. O Direito, em razão da sua complexidade, se diferenciaria dos demais fenômenos sociais, uma vez que é uma prática argumentativa, estando constantemente em discussão pelos membros da comunidade que o aceita. O argumento moral é um elemento fundamental do argumento jurídico, a ser verificado a partir do princípio da responsabilidade política, que impõe ao Estado o dever de tratar seus cidadãos com igual respeito e consideração (GUEST, 2010, p. 33-39).

É importante destacar que dois tipos de argumentos podem ser utilizados numa decisão que envolve o direito: a) os *argumentos de política* que são aqueles que fomentam um objetivo coletivo da comunidade; e b) os *argumentos de princípio* que garantem um direito individual ou de um grupo. Dworkin afirma que as decisões judiciais não devem ser geradas argumentos de política e apenas pelos argumentos de princípio, não transformando, assim, o juiz em um legislador.

Ao compreender os discursos jurídicos dessa forma, Dworkin assume o caráter político do Direito, uma vez que este é um “*compromisso entre objetivos e finalidades individuais em busca do bem-estar da comunidade*” (DWORKIN, 2010, p. 133). Logo, o direito de uma comunidade se expressa como um sistema que reafirma os direitos do grupo social como um todo, tornando essa decisão compatível com a história institucional. Uma decisão jurídica se torna plausível, a partir da inserção desse elemento político no juízo dos tribunais, expressado por este compromisso com a moralidade da comunidade (DWORKIN, 2010, p. 128-136). E nesse diapasão, argumentos de princípio podem preservar a responsabilidade política no momento da decisão jurídica. Segundo Dworkin:

A doutrina [da responsabilidade política] requer, poderíamos dizer, uma consciência articulada. Tal exigência, con-

tudo, é relativamente fraca quando se trata de políticas. As políticas são agregativas em sua influência sobre as decisões políticas, e uma estratégia responsável para se atingir um objetivo coletivo não precisa tratar todos os indivíduos da mesma maneira. Da doutrina da responsabilidade não se depreende, portanto, que, se o poder legislativo conceder um subsídio a um fabricante de aeronaves num dia, ele deva conceder um subsídio a outro fabricante no dia seguinte. No caso dos princípios, contudo, a doutrina insiste na aplicação da consciência distributiva a todos os casos, pois não admite a ideia de uma estratégia que possa ser mais bem servida pela distribuição desigual do benefício em questão. (DWORKIN, 2010, p. 137-138)

A teoria dworkiana, além das virtudes da equidade, da justiça e do devido processo legal, defende a inclusão de uma nova virtude ao Estado: a integridade política. Cria uma personificação profunda da comunidade política, e se fundamenta na ideia de fraternidade.

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. Tanto no caso individual quanto no político, admitimos a possibilidade de reconhecer que os atos das outras pessoas expressam uma concepção de equidade, justiça ou decência mesmo quando nós próprios não endossamos tal concepção (DWORKIN, 2007, p. 202).

A integridade pressupõe um modelo de argumentos de princípios aceitos pela comunidade como elo entre os que governam e os seus membros. Cada indivíduo aceita a ideia de que seus direitos dependem do sistema de princípios que cada decisão particular reafirma. Ainda que os membros, individualmente, discordem da moral política a ser seguida, aceitam a integridade, como pressuposto de coerência. A decisão jurídica deve ser uma tradução dessa comunidade personificada, derivando os princípios de responsabilidade social.

Um dos elementos essenciais dessa responsabilidade política é o conceito de participação moral, que estabelece o vínculo entre o grupo e o indivíduo como uma questão moral. Adotando uma concepção constitucional de democracia, pela qual as instituições políticas de um Estado devem dedicar aos membros da comunidade a mesma consideração e respeito, Dworkin vê a ação coletiva como uma ação comunitária, e não quantitativa, retomando a ideia da comunidade como um corpo político único. A Constituição se coloca como filtro moral para a interpretação política e moral dos juízes, impondo a estes o ônus argumentativo de demonstrarem que suas bases justificadoras estão de acordo com princípios que incluem todos no debate (DWORKIN, 2006, p. 57). Nesse contexto, a participação moral se coloca como

umas das condições para realização da democracia, uma vez que torna essencial que o Estado dê aos indivíduos tratamento que valorize o sentimento de pertencimento desta comunidade. Só é legítima a comunidade que considera as necessidades e perspectivas de todos os seus indivíduos.

Em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin apresenta seu argumento final acerca da teoria da integridade, a partir da defesa da tese filosófica da unidade do valor.

Para o autor, o valor é algo muito importante, através do qual se extrai todos os conceitos morais e éticos que tomamos na nossa vida privada e pública. A coerência de uma vida boa e de fazer o bem se traduz em apoio mútuo para qualquer argumento que consideremos convincente sobre o resto. Conceitos políticos como a justiça, a democracia, a liberdade e a igualdade funcionam para nós como conceitos interpretativos, e são partilhados através de nossas práticas cotidianas. A moralidade política depende da interpretação e a interpretação depende do valor. Uma teoria sobre esses valores são demonstrações de como esses conceitos são aplicados na realidade. E essa aplicação se dá através da noção de que esse conceito ocupa em uma ampla rede que inclui todos os valores de uma sociedade (DAVID, 2014, p. 116-117)

Ainda que os membros de uma comunidade cheguem a um acordo moral, podemos exigir deles responsabilidade. Os juízos morais a serem adotados numa decisão, portanto, serão verificados frente a uma ampla rede de valores, na qual a dignidade da pessoa humana se encontra no centro. Dois princípios éticos podem ser extraídos da noção de responsabilidade que emana dessa teoria do valor: a) princípio do autorrespeito, que disciplina a responsabilidade de cada membro da comunidade de levar sua própria vida à sério; e b) princípio da autenticidade, no qual aceitamos a responsabilidade de identificar o significado de viver bem por nós próprios, sem delegar tal escolha à terceiros. Esses princípios se correlacionam com a ideia de igual respeito e consideração, anteriormente já citada.

Nesse sentido, direitos políticos são trunfos extraídos da ideia de dignidade, ao passo que a legitimidade de toda força coercitiva do Estado só pode ser confirmada se ligada à essa noção de igual consideração e respeito. O bem-estar geral de uma comunidade só pode ser garantido a partir do respeito a tais requisitos. Logo, a fundamentação de uma determinada concepção de vida não pode ser generalizada apenas pela sua popularidade. É necessário verificar, nesse ponto, que o direito deve expressar essa responsabilidade política, sendo coerente com os valores mais amplos de uma comunidade. Para Dworkin, a democracia, em razão de suas características e complexidade, pode causar danos à dignidade dos indivíduos de uma forma não admitida pela dimensão da nossa moralidade pessoal. E partindo do pressuposto de que não é possível o consenso, nossa moralidade política deve ser fundar na assunção da responsabilidade de tratar os indivíduos com igual consideração e respeito pelas suas escolhas pessoais (DWORKIN, 2012, p. 335-339).

Os membros mais vulneráveis de uma comunidade, segundo Dworkin, são os que mais se beneficiam do fato de tratarmos a responsabilidade como uma virtude. Devemos decidir conforme os princípios que nossa comunidade jurídica geralmente aceita [...], estendendo suas vantagens a todas as pessoas, inclusive aquelas que julgamos, segundo nossa moralidade pessoal, não merecedoras dessa proteção. A sociedade como um todo se beneficia, de forma difusa, ao viverem numa comunidade que insiste na responsabilidade como respeito básico partilhado, mesmo perante as diversidades (DAVID, 2014, p.120).

O caso *Roe vs. Wade* oferece para Dworkin um profundo campo para teste da sua teoria da integridade. Em diversos momentos de sua obra, Dworkin debaterá os argumentos de tal decisão judicial, bem como de seus desdobramentos, usando como pano de fundo a ideia de responsabilidade política.

Um dos pontos mais interessantes que o jusfilósofo evidencia, é estabelecer se o feto deve adquirir ou não o status de “pessoa”, tendo como orientação, a valoração intrínseca atribuída à vida humana.

Para Dworkin, a decisão proferida pela Suprema Corte, não tem como foco principal questões religiosas envolvendo alma e sentimento do feto, mas por uma abordagem jurídica ao interpretar a Constituição que deve ser decidida pelo poder judiciário e não de uma forma política. “Trata-se da questão de saber se o feto é uma pessoa constitucional, ou seja, uma pessoa cujos direitos e interesses têm de ser considerados tão importantes quanto os de outras pessoas no esquema de direitos individuais estabelecidos pela constituição”. (DWORKIN, 2006, p. 71)

Nesse sentido, para Dworkin (2006, p. 69), a discussão religiosa e moral causam divergências profundas e a argumentação a partir dos interesses e concepções morais pessoais não traz uma solução para a questão do aborto. A melhor maneira de analisar é adotar um argumento de forma política utilizando do processo legislativo ordinário.

Como ficou esclarecido no capítulo anterior, a decisão tomada pela Suprema Corte norte-americana, no caso *Roe vs Wade*, entendeu que o feto não é uma pessoa constitucional antes do nascimento. Tal decisão se relaciona com decisões anteriores, já tomadas pela corte, no que se refere ao direito constitucional de reprodução, prevalecendo a ideia de que a pessoa decide quando e como deve procriar (DWORKIN, 2006, p. 73).

Logo, a interpretação jurídica deve ser no sentido de que o feto não é uma pessoa constitucional, não sendo o seu direito a vida uma justificativa suficiente para negar o direito de controle reprodutivo da mulher grávida.

Uma série de processos decididos pela Suprema Corte norte-americana, a respeito de métodos contraceptivos, uniões e esterilização, consolidaram o direito constitucional do cidadão no que diz respeito ao controle de reprodução reforçando o precedente *Roe vs Wade*, como bem analisado em Dworkin (2006, p. 81). Logo, se a corte entende que o feto não é uma pessoa constitucional no direito de controle reprodutivo, tal argumento também se aplica a prática do aborto. Partindo do pressuposto de que a mulher possui o direito constitucional de autonomia e controle do seu próprio corpo, o Estado para tornar o aborto inconstitucional, precisa de argumentos

e uma razão mais legítima e importante para diminuir essa autonomia da mulher.

Em Dworkin (2006, p. 138), são identificados dois possíveis motivos que podem ser apresentados por um estado que propõe a criminalização: os motivos derivado e destacado. O primeiro, presume que o feto já possui direitos e interesses. O segundo motivo, o destacado, nega essa ideia, mas pressupõe que o valor intrínseco da vida humana já é dado na vida fetal. O grande debate constitucional sobre o aborto nos Estados Unidos, trata exclusivamente das razões derivadas, tendo como finalidade do debate, para a maioria das pessoas, a decisão se o feto é uma pessoa na significação de obter o direito à vida.

Dworkin (2006, p. 140) conclui que, saber se o feto possui interesses e direitos não é o principal e/ou única pauta de uma discussão constitucional a respeito do aborto. É necessário também a argumentação de que um estado pode reivindicar a responsabilidade de proteger o interesse do valor intrínseco à vida humana. Porém, a ideia de encarar o debate sobre esta ótica, um tanto moral, a solução constitucional fica à mercê e será relativamente simples. Na decisão de *Roe vs Wade*, o feto foi declarado como uma pessoa constitucional pela Suprema Corte? A resposta, em Dworkin é não (2006, p. 401).

Nos debates acerca da descriminalização do aborto, um argumento muito proferido e falacioso é o de que, o aborto seria contrário a vontade do feto porque nenhuma pessoa que hoje vive teria o interesse de ter sido abordada. Dworkin (2006, p. 149) rebate essa ideia, e afirma que, a pessoa a quem esse ato poderia ter afetado, simplesmente não existiria, e a existência do feto não afeta assim, o argumento lógico. Logo, é preciso saber se o feto em questão possui ou não interesses, e não se este vai passar a obter interesses se o aborto não for consumado.

4. A teoria dos diálogos institucionais

Conrado Hübner Mendes, em sua tese de doutoramento pela Universidade de São Paulo, desenvolve o tema da Teoria dos Diálogos Institucionais a partir da seguinte pergunta: Quem deveria ter a última palavra em direitos fundamentais? Traz à tona, dessa forma, a problemática central do Direito Constitucional nos dias atuais, quais seja, desenvolver a tensão entre democracia e constituição ou, mais especificamente, parlamentos e cortes, no que diz respeito aos direitos fundamentais.

Para Mendes, a resposta sobre quem deve decidir não pode ser resolvida sob o enfoque da hermenêutica, e sim, pela perspectiva dos desenhos institucionais. Logo, deve ser adotado uma leitura procedimental do controle de constitucionalidade, que descreverá de forma mais realista e sincera as obrigações democráticas de cada instituição (2008, p. 06).

Após delinear os argumentos favoráveis às cortes e aos juízes, bem como os argumentos pró-parlamentos e legisladores, Mendes constrói uma terceira via, qual seja, a do diálogo sem última palavra. A Teoria da Separação de Poderes passa a ser o pano de fundo dessa perspectiva que sustenta a existência de diversos graus de provisoriedade, determinando que novas rodadas procedimentais podem se iniciar após uma decisão, a depender das contingências políticas e históricas. Quando a teoria

do direito passa a aceitar a ideia de que as decisões poderão ser reprocessadas pela comunidade política, relativiza-se a importância da última palavra em detrimento do processo de interação entre as instituições democráticas que precede e sucede à decisão (MENDES, 2008, p. 168-169).

Independentemente do desenho institucional, o tempo fará as instituições interagirem, o que necessariamente coloca a decisão jurídica como apenas um estágio decisório a mais. Dessa forma, é importante situar a decisão jurídica dentro de uma rodada procedimental, para entender que a confiança da instituição para decidir tende a resultar também na melhor decisão (MENDES, 2008, p. 173-175). O ganho é compreender a legitimidade dessa decisão a partir do enfoque da continuidade histórica. Conforme afirma Mendes,

De uma certa maneira, apontar para a provisoriidade das decisões chega a ser banal. No limite, é óbvio que a existência de leis, instituições, regimes políticos, vidas humanas, sociedade etc. é provisória e que, nesse meio-tempo, precisamos de decisões que regulem condutas, elaborem políticas e estabeleçam padrões de convivência. É fundamental, por isso, que instituições possam atender a essa demanda. A construção delas será de recorrer, como sempre, a um balanceamento entre os diversos valores em jogo, que permita a mudança sem, ao mesmo tempo, facilitá-la a ponto de comprometer um grau de mínimo de estabilidade.

Minha busca, portanto, não é por dispensar a última palavra, mas por descobrir seu papel teórico remanescente. Situa-la, ao menos dentro de uma rodada procedimental, é uma escolha institucional necessária e não trivial. Dependerá de qual balanceamento entendermos ser mais desejável, do grau de resistência a mudança que queremos dar à última palavra provisória (em especial, aquela que trata de direitos, o mote da tese), da estimativa do preço que vale a pena pagar pelos seus custos, do cálculo do que ganhamos e do que perdemos.

Numa sequência de perguntas e respostas, talvez consiga sintetizar sem mais rodeios: A última palavra sobre direitos importa? Sim, mas menos do que se supunha. Importa pra quê? Para firmar decisões com maior pretensão de durabilidade; para resolver, ainda que temporariamente, uma demanda por decisão coletiva que valha a todos. Qual, então, o critério para a escolha da autoridade detentora dessa prerrogativa? A confiança da comunidade na instituição que tenha a maior probabilidade de produzir a melhor decisão. (2008, p. 181).

Nesse ponto, é necessário abordar a problemática do aborto à luz do contexto institucional brasileiro, buscando compreender as capacidades de cada uma das instituições aqui envolvidas, quais sejam, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

5. A decisão jurídica do aborto no Brasil: caminhos e soluções no atual cenário político

Incorporando a Teoria dos Diálogos Institucionais, e verificando as capacidades institucionais dos órgãos possivelmente envolvidos com a decisão acerca do aborto no Brasil, temos que no atual cenário político brasileiro o Poder Judiciário pode melhor decidir em prol da descriminalização do tema.

Em primeiro lugar, pela natureza política do Congresso Nacional, cuja representatividade expressa compromissos anacrônicos com a evolução da pauta feminista e com os dados da saúde pública brasileira. Antes mesmo de se consolidar o golpe de 2016, observamos a aderência de pautas retrógradas e contrárias aos direitos das mulheres no parlamento brasileiro. A título de ilustração, trazemos aqui importante pesquisa realizada pelo Centro Feminista de Estudos e Assessoria na legislatura de 2007-2010, intitulada *Como os parlamentares pensam os direitos das mulheres?*. Mais especificamente, o capítulo IV, *O aborto dentro do Congresso Nacional: como pensam noss@s deputad@s e senador@s?*, aponta que:

57% d@s entrevistad@s vêem que a legislação deve permanecer como está enquanto 1% sugere que, em alguns casos, a legislação seja ampliada e 18% acreditam que a prática do aborto deva ser amplamente legalizada. 15% d@s parlamentares são contrários a permitir a prática em qualquer caso de interrupção voluntária da gravidez e 8% não souberam como se posicionar (FLEISCHER; RODRIGUES; MORI, 2009, p. 46).

As pesquisadoras coletaram, ainda, os projetos de lei que tramitam em sentido totalmente oposto à descriminalização do aborto, quais sejam:

- a) O PL 478/2007 dos deputados Luiz Bassuma (PT-BA) e Miguel Martini (PHS-MG) que “proíbe o aborto mesmo em caso de estupro e transforma o aborto ilegal em crime hediondo”
- b) O PL 1459/2003 do deputado Severino Cavalcanti (PP-PE) que “torna ilegal inclusive o aborto no caso de risco de vida para a mãe e estupro, hoje permitidos”.
- c) O PL 2423/1989 do deputado Jamil Haddad (PSB-RJ) que “tipifica os crimes de tortura, o aborto entre eles”.
- d) O PL 2504/2007 do deputado Walter Brito Neto (PRB/PB) que “dispõe sobre a obrigatoriedade do cadastramento de gestante, no momento da constatação da gravidez, nas unidades de saúde, ambulatoriais ou hospitalares, públicas e particulares”.
- e) PL 1763/2007, conhecido como a “Bolsa estupro”, que “dispõe sobre a assistência à mãe e ao filho gerado em decorrência de estupro”, dos deputad@s Jusmari de Oliveira (PR/BA) e Henrique Afonso (PT/AC) (FLEISCHER; RO-

A pesquisa, que já foi realizada em outras legislaturas, aponta, ainda, que, comparativamente, ouve um aumento nas tendências pró-feto e contrárias ao aborto (FLEISCHER; RODRIGUES; MORI, 2009, p. 56):

Tabela 8

Porcentagens	1991-1994	1995-1998	1999-2002	2003-2006	2007-2010
Parlamentares entrevistados (%)	42	75,4	52,7	31,6	54
Contra a criminalização da prática do aborto	67,5	33,7	68	39,9	76
A favor da criminalização da prática do aborto	7	33,5	8,6	8	15

Fonte: Pesquisas de opinião do CFEMEA.

O estudo indica uma baixa representatividade para causa pró-aborto, tornando tal grupo política uma minoria no país. Nessa situação de minoria, fazemos referência a teoria da integridade que apoia uma decisão sobre direitos que adense a participação política de todos. O princípio da responsabilidade civil, expresso na noção de igual consideração e respeito a todos, aplicado à descriminalização do aborto no Brasil, aumenta o espectro de participação política, na medida em que busca incluir as mulheres como membras ativas da comunidade. Logo, o Estado brasileiro só alcançará a virtude de um bom governo enquanto promover essa noção de pertencimento para além das moralidades individuais de cada parlamentar.

Os juízes, nesse cenário aqui apresentado, possuem capacidade institucional que lhes permite garantir a coerência da unidade do valor, preservando os conceitos de vida boa que cada um tem pra si. A argumentação em princípios, se realizada a partir dos pressupostos da teoria dworkiana, valorizam a responsabilidade como virtude. A comunidade jurídica, ao entender que é importante uma vida com dignidade, deve estender tal princípio a todos os membros da comunidade, inclusive àquelas que, segundo nossa moralidade pessoal, julgamos não merecedoras daquela proteção. Nesse raciocínio, todos se beneficiam: a longo prazo, uma comunidade que mantém ideia de responsabilidade como respeito partilhado perante às diversidades, tende a ser mais coerência e justa.

Pensar na interpretação jurídica como saída para a descriminalização do aborto é obrigar o magistrado a levar o direito à sério e a promover a moralidade comunitária.

O direito como integridade, apesar de ambicioso, tira das costas do magistrado o alto custo de se interpretar a partir de valores, objetivando a compreensão do direito através uma leitura à luz da comunidade de princípios compartilhada numa determinada sociedade. O juiz, portanto, não é mais um criador do direito e sim um tradutor, que encontra através da história institucional os princípios que fundam o direito e permite, ao mesmo tempo, a abertura necessária para as decisões futuras (DAVID, 2014, p. 121).

Nesse momento político brasileiro, somente vislumbramos uma possibilidade de avanço pela interpretação jurídica, no sentido da teoria da integridade de Dworkin. Ressaltamos, porém, que análise que aqui foi proposta, não aborda outros fatores importantes para tal decisão que extrapolam a teoria do direito. Daí dizer que esse é apenas um caminho apontado, uma solução possível, uma resposta correta.

Juízes são membros de uma comunidade, decidindo com ela, em rodadas procedimentais que renovam o debate em diversos momentos institucionais. A responsabilidade política não coloca o Poder Judiciário como um ator messiânico isolado. Ao revés, limita a condiciona a decisão jurídica a uma argumentação que a justifique perante a árvore da moralidade de uma comunidade. A Constituição baliza tão empreendimento, e ressignifica o papel do juiz como um participante desse projeto comum.

6. Considerações finais

O tema do trabalho teve como principal questão problematizar quem deveria decidir sobre a descriminalização do aborto no Brasil. Usamos como referência o caso *Roe versus Wade* por este ter sido considerado um símbolo para nós da garantia do direito da mulher sobre a autonomia de seu próprio corpo e seu direito de escolha.

A partir da teoria dworkiana, percebemos que o direito pode ser usado como instrumento para emancipação e garantia de direitos e liberdades individuais se partirmos de uma análise mais constitucionalista, na reafirmação de direitos do grupo social como um todo e partindo da ideia da integridade social dworkiana.

Indispensável se fazer lembrar que, aplicando a análise de Dworkin a respeito de decisões judiciais, uma decisão como a descriminalização do aborto no Brasil precisa de argumentos com dois respaldos, no político (afirmando a garantia de um objetivo coletivo da comunidade, como a saúde da mulher) e nos princípios (na afirmação dos direitos individuais, como o direito da mulher sobre o próprio corpo).

Vimos então que no Parlamento, a garantia desse direito está em uma visão bem distante, mostrando ainda parlamentares com posições moralistas e religiosas acima do interesse das minorias, desconsiderando pautas feministas que garantam a emancipação dos direitos das mulheres.

Sendo assim, aplicando a teoria aqui supracitada da integridade social, elencando o interesse da minoria com a garantido pertencimento destes para além da individualidade dos parlamentares, concluímos que entre Parlamento e Corte, na

questão do aborto no Brasil, os juízes é quem possuem capacidade institucional para garantir a coerência de valor e salvaguardando uma comunidade que tenha para si a ideia de responsabilidade como respeito partilhado perante às diversidades.

Referências Bibliográficas

DAVID, Raphaela Borges. *Entre a abordagem pragmática e o direito como integridade: um estudo de caso a partir da lei da ficha limpa*. 2014. 128 f. (Dissertação de Mestrado, Direito e Justiça) – Faculdade de Direito e Ciências do Estado, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

DIP, Andrea. Clandestinas. Setembro de 2013. Disponível em: <<http://apublica.org/2013/09/um-milhao-de-mulheres/>> Acesso em: 25 out. 2016.

DULTRA, Eneida Vinhaes; FLEISCHER, Soraya. *Como parlamentares pensam os direitos das mulheres?* Pesquisa na Legislatura 2007-2010 do Congresso Nacional. Brasília: CFMEA- SAAF/Fundação Ford, 2009.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Justiça para Ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MENDES. Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 218 f. (Tese de Doutorado, Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008.

MORAIS, Graziela Ramalho Galdino de. *Roe versus Wade: uma perspectiva bioética da decisão judicial destinada a resolver um conflito entre estranhos morais*. Universitas Jus. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/viewFile/733/642>> Acesso em: 10 jul. 2016.

A ADVOCACY FEMINISTA NÓRDICA PARA A IGUALDADE E ANTI-DISCRIMINAÇÃO

Marina Grandi Giongo¹

RESUMO: O presente artigo tem o propósito de tecer algumas considerações sobre o histórico e a atuação das feministas nórdicas, trazendo para a discussão exemplos emblemáticos de mobilização de mulheres na Islândia e Noruega. No plano teórico, o trabalho situa-se no perímetro da ciência política e instituições judiciais, valendo-se de todo o instrumental analítico proporcionado pelos estudos feministas e de gênero. Na primeira parte serão revisados os conceitos de “judicialização da política/politização da justiça” e seus termos correlatos (*advocacy*, *cause lawyering*, *legal mobilization*), que fundamentam a análise proposta, buscando assim entender a lógica com que operam as instituições judiciais. O segundo eixo ocupa-se em fazer uma exposição geral da trajetória do movimento feminista nórdico, que consolidou-se como uma força social capaz de colocar em curso mudanças estruturais nos campos político e jurídico para a igualdade de gênero nos países nórdicos. Dentre as reflexões possíveis a partir desse estudo, é a constatação de que o discurso performativo das verdades jurídicas está longe de ser neutro, mas sim permeado por crenças e ideologias; e o fato de que essas antigas estruturas de poder mostram-se cada vez mais vulneráveis à ação de grupos organizados politicamente, seja pelo empoderamento conquistado com a difusão do conhecimento e descentralização dos saberes, seja com a sublimação de fronteiras possibilitadas pela internet e redes sociais. Ao insurgir-se contra estruturas aparentemente imutáveis, o Feminismo confronta o caráter machista e conservador presente no direito, subvertendo a ordem tradicional de gênero. Assim, as novas questões – muitas em aberto – trazidas pelo movimento abalam uma série de pressupostos teóricos que sempre ditaram o que é digno ou não de relevância jurídica.

Palavras-chave: Feminismo nórdico; *Advocacy*; Politização da justiça; Processos de dominação; Islândia; Noruega.

ABSTRACT: This article aims to make a few remarks about the history and activism of the Nordic feminists, bringing to discussion some emblematic examples of women mobilization in Iceland and Norway. On a theoretical ground, the work is inserted into the political science and judicial institutions area, taking advantage of all the analytical tools provided by feminist and gender studies. First, we intend to review the concepts of “judicialization of politics/ politicization of justice” and its related

¹ Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, e pesquisadora do Núcleo Interdisciplinar de Estudos sobre a Mulher (NIEM/UFRGS). Mestra em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Especialista em Gênero e Sexualidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); Jurista graduada em Ciências Jurídicas e Sociais, e Especialista em Direito de Família e Sucessões pela PUCRS, Brasil. E-mail: marinagiongo@hotmail.com.

terms (advocacy, cause lawyering, legal mobilization) that support the analysis proposed, trying to understand the logic that operate judicial institutions. The second part expose a summary of how the feminist movement established itself as a social force strong enough to put in progress structural changes in the political and juridical fields for gender equality in the Nordic countries. Among many possible reflections from this study, is the fact that the performative discourse of legal truths is far from being neutral, but permeated by beliefs and ideologies; and the fact that old power structures show themselves increasingly vulnerable by the action of politically organized groups, is the empowerment conquered by the diffusion of knowledge and its decentralization, afforded by the internet and social networks. The insurgency against seemingly immutable structures, Feminism confronts the sexist and conservative view of law. Beyond subvert the gender order, the new issues – many still open – brought by the movement destabilizes a range of theoretical assumptions that dictated what is worthy or not of juridical relevance.

Keywords: Nordic Feminism; Advocacy; Politicization of justice; Processes of domination. Iceland; Norway.

1. Introdução

Os países que compõem o Conselho Nórdico – acordo formalizado em 1952 entre Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega, Suécia, e três áreas autônomas (Ilhas Faroé, Groenlândia e Åland) –, fazem parte de um dos melhores exemplos de cooperação interparlamentar que surgiram no período pós-guerra. Esse sistema socialdemocrata de *welfare state* desenvolveu desde o início um regime de mercado distinto dos demais países europeus, sendo considerada “uma peculiar fusão de liberalismo e socialismo”. (ESPING-ANDERSEN, 2005, p. 13).

Seus países-membros há anos desfrutam de reputação internacional por terem implementado diretrizes governamentais que combinam excelentes políticas de bem-estar social em consonância com um rápido crescimento econômico, promovendo ações afirmativas para a igualdade de gênero no trabalho, mantendo a taxa de desemprego sob controle e apresentando os maiores índices de desenvolvimento humano do mundo.

No que tange à igualdade entre homens e mulheres, basta uma breve análise dos dados de todas as edições do relatório Global Gender Gap para constatar que o modelo de governabilidade adotado pelos países nórdicos tem gerado resultados impressionantes: são décadas em que aparecem no topo da lista entre as sociedades mais igualitárias do mundo.

O Global Gender Gap é uma análise de dados obtidos em outras pesquisas, que procura identificar disparidade de gênero nos países. O levantamento é realizado através da análise da participação de homens e mulheres em quatro áreas temáticas consideradas fundamentais: participação econômica, educação, saúde e poder político. Ao traçar o perfil de cada país integrante, o Fórum Econômico Mundial é capaz de quantificar a magnitude das disparidades globais relativas ao gênero, acompanhando

o seu progresso ao longo do tempo. (WORLD ECONOMIC FORUM, 2013, p. 3-6, tradução minha).

Em “O Direito das Mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista”, da jurista norueguesa Tove Stang Dahl (1993), é possível verificar a forte tradição feminista na cultura nórdica e em seus projetos políticos de nação. Nesse contexto, políticas públicas capazes de reverter desigualdades estruturais oriundas de processos históricos de dominação, passam necessariamente por instituições judiciais solidamente comprometidas com um projeto de país. Isso porque é sabido que políticas que atendam apenas a projetos de governo, fazem com que avanços conquistados por categorias mais vulneráveis fiquem ameaçadas a cada eleição.

A tradição fortemente democrática aliada à sólida atuação do movimento feminista na Noruega, causaram importantes mudanças nas instituições judiciais daquele país. A articulação política de movimentos de mulheres, iniciativa privada e sociedade civil junto ao aparato jurídico-estatal, faz deste um ente cuja função é igualmente determinante para a efetivação e permanência de direitos humanos fundamentais.

O objetivo visa tecer algumas considerações sobre o histórico e a atuação das feministas nórdicas, trazendo alguns exemplos de mobilização de mulheres nesses países, que no caso da Noruega, articularam o processo de criação de mecanismos judiciais específicos para garantir a igualdade de gênero. Nesse sentido, pretende-se conhecer as leis que orientam o funcionamento de instituições judiciais na Noruega à luz dos conceitos “judicialização da política/politização da justiça”, expressões conhecidas no repertório das ciências jurídicas e sociais, tal como refere Maciel e Koerner (2002, p. 114).

O artigo está dividido em dois eixos centrais. Em um primeiro momento, pretende-se revisar os conceitos de “judicialização da política/politização da justiça” e seus termos correlatos (*advocacy*, *cause lawyering*, *legal mobilization*), bem como entender a lógica com que operam as instituições judiciais. O segundo eixo traz uma breve exposição de como o movimento feminista consolidou-se como uma força social capaz de colocar em curso mudanças estruturais nos campos político e jurídico para a igualdade de gênero nos países nórdicos. Foram escolhidos os exemplos da Noruega e Islândia para ilustrar o caminho traçado pela militância feminista nórdica como exemplo típico de *advocacy* ou “advocacia de causa” (*cause lawyering*), em que ativistas de grupos/movimentos sociais mobilizam-se pela demanda de ampliação ou de reconhecimento de direitos de parte da população. (MACIEL, 2015, p. 1).

2. “Judicialização da política/politização da justiça”: a advocacia das causas

O debate existente na literatura que trata de mobilizações coletivas de direito, bem como as relações entre sociedade civil, política e sistema judicial nas democracias contemporâneas é bastante extenso. Em artigo onde discorre sobre o processo que originou a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), Maciel (2011) ilustra como movimentos sociais se articulam para “politizar” a justiça, lançando luz sobre alguns conceitos aparentemente semelhantes. Ela sustenta que o debate dentro da Ciência

Política não aprofundou temas como as motivações e processos complexos que levam sujeitos a mover-se no interior do campo jurídico, restringindo-se apenas a questões mais pontuais.

A autora esclarece que, ao menos no que tange à agenda de pesquisa da sociologia jurídica e política norte-americana, apesar de assemelharem-se em relação ao mesmo objeto – no caso o uso das normas jurídicas e dos tribunais em situações de conflito –, esses estudos adotam perspectivas distintas entre si:

A abordagem centrada nas cortes (*top-down approach*) focaliza o impacto das decisões judiciais sobre a mudança social almejada pelos grupos e movimentos sociais, privilegiando, portanto, o papel do direito na produção de resultados tangíveis (Rosenberg, 1991). O projeto *cause lawyering* (“advocacia de causa”) tem privilegiado a análise do engajamento de segmentos das elites jurídicas (em particular, advogados de causa) no interior das redes de ativismo e dos seus impactos na emergência, no desenvolvimento e na globalização dos movimentos sociais contemporâneos (Sarat e Scheingold, 2001, 2006). Enquanto as duas primeiras linhas de pesquisa restringem o foco da investigação numa dimensão específica – os impactos judiciais (*top-down approach*) ou a atuação de advogados-ativistas (*cause lawyering project*) –, a abordagem baseada na teoria do processo político (*political process-based approaches*) analisa o uso do direito e dos tribunais como fenômeno emergente no curso da mobilização política de grupos e movimentos sociais (McCann, 1991, 1994, 1998, 2006a, 2006b). É a perspectiva que mais tem procurado incorporar aos estudos sociolegais o repertório teórico, conceitual e metodológico da sociologia da ação coletiva. (MACIEL, 2011, p. 98).

O exemplo utilizado pelas autoras, e também adotado no presente estudo, é a peculiar união de forças feitas por ONG’s e movimentos de mulheres para acessar as esferas judiciais brasileiras, que é o caso que deu origem à Lei nº 11.340/2006. As agressões sucessivas somadas às duas tentativas de feminicídio sofridas em 1983 pela farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes eram adstritas à esfera criminal. Antes de 2006, a certeza da impunidade de agressores associada a um Código Penal alheio às relações desiguais de poder entre os gêneros, tornavam inócuas muitas denúncias de violência doméstica. Esse processo que mudou a tipificação penal e endureceu as penas para agressores no âmbito das relações intrafamiliares, não só contemplou a luta pessoal de uma mulher por justiça, como também estendeu seus efeitos para milhares de mulheres brasileiras, fazendo do processo de Maria da Penha um caso paradigmático de *advocacy* feminista. (BARSTED, 2011).

Na visão de Maciel (2011, p. 105), o deslocamento do “quadro interpretativo da violência de gênero como violação dos direitos humanos foi decisivo para transformar o direito em recurso político e simbólico”, uma vez que trouxe para as vias judiciais a resolução de conflitos outrora adstritos à esfera privada. A cultura socialmente aceita que orientava a “não meter a colher” nos conflitos privados, passou a ser

questionada publicamente, ressignificando os sentidos da violência doméstica como um dos muitos efeitos materiais oriundos de uma estrutura machista e patriarcal. Este debate, exaustivamente trabalhado no interior da teoria feminista, transcendeu os limites da academia e uniu forças de/entre mulheres para fazerem-se ouvir.

Após anos de luta, os movimentos finalmente convenceram o legislador de que essa modalidade de conflito não diz respeito apenas a um problema privado de simples resolução. Mais que um problema de saúde pública, considerando que todos os dias mulheres procuram os serviços de saúde para tratar os danos decorrentes das agressões, a violência doméstica configura grave violação de direitos humanos, devendo ser vista como um **problema de todos** – e que deve, portanto, ser solucionado mediante intervenção do poder público.

Assim como a violência contra mulheres, o feminismo contemporâneo também desconhece fronteiras: a internet e as redes sociais deram vez e voz para problemas antes restritos a contextos locais, mas que se unem em prol de uma causa comum. Por isso se diz que o movimento feminista é um sujeito coletivo e difuso, caracterizado pela auto-organização de mulheres e meninas em múltiplas frentes. (ALVES; PITANGUY, 1991, p. 8-9).

A mobilização feminista via ações judiciais no Brasil na luta por direitos voltados à eliminação de todas as formas de discriminação e violência contra a mulher, constituiu, na visão de Barsted (2011, p. 14), “um campo de poder que tem sido decisivo para a manutenção dos direitos conquistados e para a possibilidade de conquista de novos direitos”. Essa luta por causas comuns, cuja tônica reivindica em um plano maior o fim do patriarcado e da dominação masculina, culminou no Brasil em 2006 com a aprovação da Lei Maria da Penha, descrita como

um caso exemplar de exercício de uma cidadania ativa expressa no discurso e na atuação das feministas no espaço público. Sintetiza, também, a longa interlocução das feministas com os poderes legislativo e executivo e aponta para a necessidade de investimentos contínuos no diálogo com o poder judiciário e as demais instituições da justiça. (BARSTED, 2011, p. 14-15).

A *advocacy* feminista foi a principal responsável por exercer pressão política nas democracias modernas, gerando uma série de avanços conceituais e legislativos nas esferas nacional e internacional para os direitos das mulheres. Segundo Barsted (2011), na esteira das inúmeras conferências das Nações Unidas ao longo dos anos 1990, os Estados-Membros comprometeram-se a ampliar a participação feminina em âmbito político e social. Porém, diante da omissão de muitos países em adotar a perspectiva de gênero em suas políticas, movimentos de mulheres em todo o mundo denunciaram a ausência de respostas institucionais à altura dos índices de violência, como forma de cobrar coerência dos países na proteção dos direitos humanos. Em resposta a essas denúncias, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou em 1993, através da Resolução 48/104, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, considerada até hoje um marco na doutrina jurídica internacional. (BARS-

TED, 2011, p. 21).

Nesse contexto de avanços e retrocessos, é possível perceber que por trás da atuação incansável dos movimentos sociais ao longo dos anos, jaz um campo fortemente estruturado para resistir às mudanças que afetam o *status quo*, protegidas sob o manto de uma suposta neutralidade jurídica. Essa resistência do campo burocrático em reconhecer mudanças é a tônica da obra “Espíritos de Estado”, de Pierre Bourdieu. Na visão do autor, o Estado – e com ele a concentração do capital jurídico – possuem o poder misterioso e simbólico de nomear, isto é, de conferir legitimidade a algo ou alguém. (BOURDIEU, 1996, p. 110).

Ao contrário do que se pensa, esse universo de agentes do Estado investidos do poder de produzir o discurso performativo das verdades jurídicas, está longe de ser neutro, e sim permeado por crenças e ideologias. Nesse sentido, deve-se perguntar: *quem são* as pessoas por trás das leis? Qual sua idade, seu sexo, seu gênero? O que pensam enquanto humanos dotados de emoções, crenças, paixões? Campos (2011, p. 7) refere que perguntar “onde estão as mulheres” no processo de elaboração das leis é um método que tem por objetivo iluminar as implicações de gênero de determinada prática social ou de uma norma jurídica:

Pergunta-se: as mulheres têm sido desconsideradas pela lei? Sim? De que modo? Como a omissão pode ser corrigida? Que diferença isso faria? (BARLETT, 1990, p. 371). Implica também em fazer uma releitura dos textos jurídicos tradicionais [ou das doutrinas jurídicas] para entender de que maneira as experiências das mulheres ficaram marginalizadas e como seria possível incorporá-las novamente à leitura (JARAMILLO, 2000). A questão supõe, ainda, que algumas características da lei podem não apenas serem neutras em termos gerais, mas especificamente masculinas. Assim, o propósito da pergunta (*the woman question*) é expor essas características, o modo como operam e sugerir como podem ser corrigidas (BARLETT, 1991, p. 371). O seu fundamento é, portanto, revelar os prejuízos, a exclusão das mulheres e a suposta neutralidade de gênero da lei (BARLETT, 1991, p. 375 apud CAMPOS, 2011, p. 7-8).

Os vários deslocamentos discursivos provocados pelo Feminismo nas ciências evidenciaram que não é só o campo jurídico que funciona segundo uma lógica androcêntrica. Nesse sentido, Bourdieu argumenta que os mecanismos estruturais responsáveis pela construção hierárquica das diferenças e pela reprodução das relações de dominação, são regidos por três instâncias principais: a família, a igreja, e a escola. Maiores detentoras do monopólio da violência simbólica legítima, essas forças agem orquestradamente com as demais ordens sociais (como Estado, instituições judiciais, e em outra escala, inclui o jornalismo/mídia, organizações privadas, esporte, entre outras) sobre as estruturas inconscientes, constituindo um *habitus* que perpetua e retroalimenta o poder patriarcal. (BOURDIEU, 2012, p. 1).

As diferenças de origem tais como classe, etnia, gênero, local de moradia,

condições de acesso à saúde, e toda a gama de direitos previstas nas leis, etc. também repercutem diretamente na forma de dizer e interpretar o Direito. Bourdieu situa “o *campo jurídico* como um lugar de concorrência pelo monopólio de dizer o direito”, no interior do qual opera o *campo judicial*, um subcampo onde circulam agentes investidos de um capital social e técnico. Tal competência lhes outorga a capacidade reconhecida de interpretar um *corpus* de textos que representam a visão legítima e justa do mundo social. (BOURDIEU, 1989, p. 212).

O arcabouço jurídico de determinada sociedade é fruto de uma construção do conhecimento, proveniente “da adesão a valores comuns (marcada ao nível do costume, pela presença de sanções espontâneas coletivas, como a reprovação moral) e da existência de regras e de sanções explícitas e de procedimentos regularizados”. (BOURDIEU, 1989, p. 244). O próprio sentimento de injustiça ou a capacidade de perceber algo como injusto não está uniformemente espalhado, e essa percepção vai depender estritamente da posição ocupada no espaço social. (BOURDIEU, 1989, p. 232).

Seus juízos, portanto, inspiram-se em uma lógica e em valores muito próximos dos textos e leis que dão base para o julgador (a) interpretar. Nas palavras do autor, “a interpretação opera a historicização da norma” (BOURDIEU, 1989, p. 223), adaptando as fontes jurídicas a novas circunstâncias que atendem às demandas sociais de uma sociedade em determinado período histórico. Assim o foi com a questão do sufrágio universal e com o reconhecimento de direitos para grupos de indivíduos pertencentes a categorias tradicionalmente marginalizadas (como por exemplo, mulheres, crianças, negros, indígenas, pessoas com deficiência, indivíduos LGBTI’s, etc.).

Uma das principais contribuições da teoria feminista tem sido adotar uma abordagem crítica que problematize e questione as hierarquias e modelos dominantes, possibilitando novas formas interseccionais para se pensar o funcionamento das instituições. Ao questionar estruturas aparentemente imutáveis, o Feminismo confronta o caráter machista e conservador presente no Direito, ameaçando a ordem de gênero e todos “os pressupostos teóricos sob os quais têm se sustentado a formulação sexista sobre o que deve ou não ser considerado um tema de relevância jurídica”. (CAMPOS, 2011, p. 7).

3. O impacto do Movimento Feminista Nórdico em instituições judiciais

Assim como seus vizinhos Dinamarca e Suécia, o judiciário norueguês é conhecido por sua vanguarda em direitos humanos, e bastante avançado em termos de tecnologia, que permite acessar várias fontes do direito *online* e em inglês. Destinadas exclusivamente para tratar de demandas ligadas a violações de direitos humanos fundamentais de igualdade e anti-discriminação, o “The Equality and anti-discrimination Ombud” é o órgão primeiro ao qual as pessoas devem se dirigir para reportar casos que afrontem esses princípios constitucionais na Noruega. Caso não haja resolução na primeira instância, os processos sobem ao Tribunal para a Igualdade e anti-discriminação, esfera competente por apreciar os recursos quando se pretende modificar decisão ou sentença emitida pelo juízo de primeiro grau.

O adjetivo “*Ombudsman*” é uma palavra de origem sueca que surgiu em 1809 quando o Parlamento da Suécia decidiu ter um representante do povo dentro do Parlamento, vocábulo utilizado para nomear o “representante do povo/do cidadão”. Nos países nórdicos, designa a pessoa investida do cargo de ouvidor-geral, função pública criada para canalizar problemas e reclamações da população. Atualmente, a figura do *ombudsman* foi adotada em diversos países, e incorporada a setores e regimes políticos para classificar a pessoa que vai ter relação direta com o dirigente da instituição, seja ela pública ou privada, para garantir um canal de comunicação eficaz e direto entre o emissor e o receptor de serviços.

No seu sentido político, compete ao *ombudsman* certificar-se de que os direitos dos cidadãos não estão sendo violados pelo Estado. A missão deste (a) funcionário (a) é assegurar que os direitos de cada indivíduo sejam respeitados, no âmbito de qualquer tipo de ação judicial, administrativa, burocrática ou de outra natureza. Em síntese: espera-se de um *ombudsman* uma atuação que defenda os direitos civis e, por sua vez, fiscalize que o governo regente não esteja desrespeitando as liberdades conferidas constitucionalmente ao povo. O seu alcance é eminentemente político, realizando sugestões e tentando persuadir as autoridades. Em síntese, o (a) *ombudsman* pavimenta os caminhos para o empoderamento civil, orientando as pessoas como elas podem mobilizar-se politicamente valendo-se do uso dos tribunais como instrumento e estratégia política para a resolução de suas demandas.

Para Koerner e Maciel (2002, p. 116), a judicialização representa “um processo objetivo utilizado para defender propostas de mudança na organização do Judiciário ou na cultura jurídica, considerada defasada face às novas necessidades sociais”. A universalização de direitos considerados fundamentais para a vida de todo ser humano, é fruto de um longo processo histórico; direitos civis e políticos que no início, eram previstos apenas para uma pequena parcela da humanidade – via de regra, composta por homens brancos e de estratos sociais elevados.

A luta travada pelo movimento feminista nos países nórdicos visando o reconhecimento das mulheres enquanto sujeitos de direitos é largamente documentada na literatura estrangeira. Em que pese as transformações sociais propiciadas pelo intenso ativismo das mulheres naqueles países sejam eventualmente citadas, todo o arcabouço teórico estruturado pelas intelectuais nórdicas permanece praticamente intocado pelos estudos feministas latino-americanos. Mesmo entre as obras feministas clássicas do eixo França/EUA, muito pouco se sabe, sendo que as escassas referências à produção intelectual das escandinavas carecem de aprofundamento analítico.

Dentre fatos que fizeram história e, portanto, facilmente encontrados na mídia *mainstream*, é a paralisação feita pelas mulheres islandesas em 24 de outubro de 1975. Embora elas tenham sido as primeiras do mundo a ter igualdade de direitos garantida por lei, boa parte daquela legislação ainda não havia sido impressa efetivamente à cultura e ao cotidiano do povo islandês.

Antes de 1970, poucas mulheres formavam-se em universidades ou inseriam-se nas carreiras públicas, e apesar da dificuldade em obter melhores índices de acesso a essas esferas, a Associação Islandesa dos Direitos das Mulheres manteve-se sempre ativa, promovendo campanhas principalmente para garantir equidade sala-

rial. A fraca adesão dos empregadores em cumprir a legislação e pagar salários iguais pelo desempenho das mesmas funções, associada à sobrecarga de trabalho decorrente da fraca incorporação dos homens à justa divisão de tarefas no âmbito doméstico, tornava a situação das mulheres na Islândia insustentável. Foi assim que as islandesas começaram a mobilizar-se combativamente, para propor o reexame de todas as ideias convencionais sobre o que a sociedade determinava às mulheres fazer ou não fazer, bem como reivindicar tudo aquilo o que lhes era devido por direito. (KARLSSON, 2000).

A ala feminista radical denominada *Redstockings* (as “meias-calças vermelhas”), fundada por militantes nova-iorquinas em 1969, inspirou mulheres na Islândia para fundar núcleos alinhados ideologicamente ao grupo originário, também gerando adeptas na Dinamarca. O caráter considerado provocativo e até mesmo extremo demais para ganhar seguidoras em massa, não impediu a adesão de muitas que se diziam moderadas. Mesmo as mulheres que nunca haviam comparecido a uma reunião das Meias-calças Vermelhas apoiavam os métodos do movimento, pois todas elas ansiavam por mudanças substanciais. (CHAPMAN, 2004, p. 252).

A articulação de mulheres foi tão bem-sucedida que em 24 de outubro de 1975, elas conseguiram literalmente parar o país: tiraram o dia de folga do trabalho em massa, e deixaram de lado inclusive os afazeres domésticos. Além de demonstrar o valor inestimável das mulheres para o funcionamento de uma nação, a paralisação fez com que a sociedade refletisse sobre a real importância do trabalho doméstico, bem como o impacto de sua falta nos níveis de bem-estar, inviabilizando a realização de demais atividades cotidianas.

A ministra da Indústria e do Comércio da Islândia, Ragnheiður Elín Árnadóttir, conta que naquele dia estiveram presentes “mulheres de todos os partidos, de todas as esferas da sociedade. Mulheres trabalhadoras e aquelas que estavam trabalhando em casa largaram tudo e foram para as ruas”, sendo que na capital Reykjavík, a mobilização reuniu de 20 a 25 mil pessoas, o que corresponde a 20% da população da região da Grande Reykjavík. Ela narra ainda os desdobramentos inusitados que o “dia da folga feminina” gerou:

O país parou. As vendas de cachorros-quentes subiram, porque os homens estavam dando cachorro-quente para as crianças. O jornal da manhã ficou fininho, apenas com artigos sobre esse evento, porque as mulheres na redação não trabalharam. As crianças ficaram com os pais na escola, porque as mulheres não foram trabalhar nas creches. Vamos celebrar isso em 2015, quando fará 100 anos que mulheres da Islândia conquistaram o direito de votar, em 1915. Isso é um grande marco, mas o desenvolvimento foi muito lento. A primeira mulher foi eleita para o Parlamento em 1922.

Tanto é verdade que, desde 1975, o dia 24 de outubro é considerado um dia de luta feminista, marcado por manifestações no país. Na edição de 2016 do relatório *Global Gender Gap*, a Islândia celebrou o oitavo ano consecutivo de seu reinado como

o melhor e mais igualitário país do planeta para mulheres. Considerando as quatro variáveis avaliadas pelo estudo (Participação Econômica e Oportunidade; Acesso à Educação; Saúde e Sobrevivência; e Empoderamento Político), 87% dessa lacuna foi superada, fato que coloca a Islândia como um dos países que registram os avanços mais rápidos entre os 144 investigados pelo estudo.

É um desempenho invejável em comparação aos outros países do mundo, o que não significa dizer que se chegou à igualdade de fato. Na avaliação do Fórum Econômico Mundial, os principais desafios ainda são aqueles relacionados ao aspecto econômico. Embora a Islândia detenha o maior índice de participação feminina na força de trabalho, a desigualdade de salários entre homens e mulheres que executam o mesmo trabalho persiste, mostrando-se o aspecto mais difícil de equalizar.

Essa falha não é novidade na Islândia, sendo uma das razões que motivou a grande greve em 1975 e motivo de uma nova manifestação em 2016. De acordo com os sindicatos do país, estima-se que hoje os salários das mulheres islandesas sejam até 17% menores que os dos homens nas mesmas funções, o que significa que tecnicamente elas trabalham de graça a partir das 14h38, horário em que saíram em 2016 para protestar. A manifestação é organizada anualmente no dia 24 de outubro: em 2005, 30 anos depois da primeira grande greve, o horário de saída do trabalho pelas mulheres foi 14h08; na mesma data em 2008, às 14h25. Isso quer dizer que, aos poucos, a situação está melhorando, mas não rápido o suficiente. Em entrevista ao jornal islandês RÚV, o presidente da Confederação Trabalhista da Islândia, Gylfi Arnþjórnsson, relatou o quão difícil é esperar 50 anos para que uma meta como esta seja atingida: “É inaceitável dizer que vamos ter corrigido isso em 50 anos. Isso é o tempo de uma vida inteira”, diz ele.²

Esses fatos mostram que, mesmo contando com uma forte articulação, os avanços relativos à igualdade de gênero custam a incorporar-se nas sociedades, pois são necessárias mudanças radicais e a desconstrução de categorias até pouco tempo atrás consideradas imutáveis. Na visão de Bourdieu, é um processo de “des-historicização das estruturas da divisão sexual e dos princípios de divisão correspondentes” (BOURDIEU, 2012, p. 1), que se coaduna com o relato exposto pela ministra islandesa:

É muito difícil. Não aconteceu da noite para o dia. E ainda não chegamos lá. Por que os homens não estão falando sobre os direitos da mulher? Por que esse não é um tópico do interesse deles? Temos que incluir os homens. Foi o que fizemos com licença paternidade: abrimos mão da exclusividade da casa. Nós, mulheres, temos que fazer isso: para dividir (com os homens) o que está fora (de casa), temos que dividir o que está dentro. Não tem sido fácil. (ÁRNADÓTTIR, 2014).

² EXAME. *Por equidade salarial, islandesas saem do trabalho às 14h38*. Para as islandesas, 24 de outubro é sinônimo de luta: o dia marca a greve de mulheres que, em 1975, mudou os rumos da igualdade de gênero no país. Reportagem publicada em 25 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/por-equidade-salarial-islandesas-saem-do-trabalho-as-14h38/>>. Acesso em: 28/10/2016.

Para sanar desigualdades históricas, são necessárias medidas mais profundas, que façam uma devida reparação simbólica oriunda de processos de opressão. Bastante polêmicas, as políticas afirmativas dividem opiniões, pois é uma estratégia que atinge privilégios de outra parte da população. Como visto, o processo que fez da Islândia um dos países mais igualitários do mundo, não foi “do dia para a noite”, e sim, um projeto de país orientado por décadas de forte pressão de ativistas, reivindicando mudanças nas leis e o devido cumprimento pelas instituições.

Na Noruega, a *advocacy* feminista também produziu impactos nas esferas judiciais. A lei mais antiga e específica que versa sobre igualdade de gênero é a Lei nº 45, promulgada em 09 de junho de 1978, chamada Lei da Igualdade (*Likestillingsloven*). O “*The Equality and anti-discrimination Ombud*”, assim como os recursos apreciados pelo Tribunal para a Igualdade e anti-discriminação, faz parte da ampla rede institucional formada para garantir a igualdade entre homens e mulheres.

Tove Stang Dahl ensina que a seção 21 da Lei da Igualdade é resultado de dois decretos reais (1973 e 1976) e que à época suscitou inúmeras controvérsias no meio político. Através desse dispositivo, é atribuído ao governo o dever legal de incluir uma porcentagem de mulheres em todos os cargos e comissões públicas, caracterizando assim um típico exemplo de política afirmativa, subdividindo-se em duas categorias: cotas de atribuição e cotas de prioridade.

A principal inovação decorrente dessa série de medidas destinadas à igualdade entre homens e mulheres, foi o benefício da licença-paternidade, que surgiu não apenas para reduzir as diferenças nas médias salariais e nas condições de trabalho, mas também com o objetivo de tornar mais igualitária a divisão de tarefas no âmbito doméstico – já que a dupla-jornada sempre consistiu a maior fonte de desgaste para as mulheres. Os países nórdicos são pioneiros em legislar sobre o tema, sendo que a Noruega foi a primeira no mundo a garantir juridicamente os direitos da gestante, no ano de 1892. Lá os pais e as mães têm direito a uma licença remunerada no primeiro ano de vida do bebê, e para incentivar mais homens a participarem da criação dos filhos, dez semanas desta licença são reservadas ao pai. Pela lei, pais e mães noruegueses podem escolher entre tirar um total de 46 semanas de licença com 100% do salário ou 56 semanas com 80% do salário.

A política de igualdade da concessão de cotas para licença-paternidade contribuiu para uma nova concepção e valorização do papel do pai na criação dos filhos, já que ao proporcionar também aos homens a chance de ter uma relação mais forte com os filhos desde o nascimento, o pai se conscientiza de que sua responsabilidade vai muito além do seu tradicional papel de “provedor financeiro”, e diz respeito também à educação das crianças e aos cuidados no lar.

4. Considerações finais

A luta de grupos historicamente excluídos ganhou força ao longo dos séculos XVIII e XIX, e atingiu seu ápice mais precisamente em 10 de Dezembro de 1948, com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral das Nações Unidas. A Declaração deu ensejo a uma série de documentos inter-

nacionais relativos aos direitos humanos, sendo que vários Estados fazem referência direta a esses dispositivos nas suas constituições nacionais. Contudo, por não obrigar juridicamente as nações a seguir suas recomendações, desde o início foi necessária a preparação de inúmeros documentos que especificassem os direitos presentes na declaração, e assim forçar os Estados a cumpri-la.

Foi nesse contexto que surgiu uma onda de processos judiciais visando solucionar conflitos de jurisdição doméstica, caracterizados pela oposição entre os conceitos tradicionais de soberania – de um lado, a defesa pela não-intervenção em matérias cujo domínio é reservado ao Estado; e de outro, a proteção e efetividade dos direitos humanos previstos nos documentos internacionais. É nesse espaço que se concentram as principais disputas travadas pelo Movimento Feminista em vários países do mundo.

As questões que sempre fizeram parte de sua agenda – como a violência doméstica, os direitos sexuais e reprodutivos, desigualdade salarial, condições de acesso à educação e ao mercado de trabalho, em suma, todas as formas de discriminação e violação de direitos fundamentais – têm sido colocadas em pauta por movimentos de mulheres nas principais vias de negociação política. São décadas de luta que se traduzem em um processo dinâmico e permanente de articulação entre militância, Estado e sociedade civil para denunciar, avançar e monitorar o que está sendo feito em matéria de direitos das mulheres e meninas.

Assim como a atuação magnífica das brasileiras em várias Conferências das Nações Unidas – a exemplo da pressão realizada durante a Campanha da Lei Maria da Penha –, as mulheres nórdicas também se valeram de estratégias políticas para assegurar que os princípios previstos nos documentos jurídicos fossem incorporados à cultura cívica de suas respectivas nações. Nesse contexto, destaque para a mobilização dos principais núcleos de militantes que se fortaleceram a partir dos anos 1970, como o “*Grupp 8*” e a “*Lund Women’s League*” na Suécia; as organizações “*Women’s Front*”, “*New Feminists*” e o grupo “*Bread and Roses*” na Noruega; as “*Feministit/Feministerna*” e sua ala radical correspondente “*Women’s Union*”, na Finlândia; e a enérgica mobilização empreendida pelas *Redstockings* na Islândia e Dinamarca. (BERGMAN, in BERGQVIST, 1999, p. 104-105).

Longe de exaurir o fascinante debate acerca da tradição feminista e as mulheres que atuaram para a consolidação de seus direitos nos países nórdicos, buscou-se acima de tudo lançar um primeiro olhar sobre a *advocacy* empreendida por esses movimentos, sublinhando especialmente os avanços obtidos em dimensão estrutural.

Foi constatado pela experiência nórdica que as diferenças de gênero quanto ao acesso às oportunidades econômicas decorrem na maior parte das vezes das diferenças no uso do tempo, uma vez que estas provêm de normas sociais profundamente sedimentadas no que se refere à responsabilidade pelos cuidados com as crianças e trabalhos domésticos. Questionar essas normas culturais e os limites existentes entre público e privado é o primeiro grande passo. Tal postura coloca em evidência o caráter fundamental de se discutir os significados de feminilidade e masculinidade e o que se espera de cada gênero na sociedade contemporânea, fazendo do Direito um campo privilegiado para o confronto e superação dessas hierarquias.

Referências Bibliográficas

- ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jaqueline. *O que é Feminismo*. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.
- ÁRNADÓTTIR, Ragnheiður Elín. *Entrevista* – O Globo [publ. 24/10/2014]. Entrevista concedida à Deborah Berlinck. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/quando-meu-filho-gritou-papai-nao-mamae-fiquei-devastada-14341331>>. Acesso em: 01/07/2016.
- BARSTED, Leila Linhares. *Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista*. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada na perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.
- BERGMAN, Solveig. *Women in New Social Movements*. In: BERGQUIST, Christina et al. (eds.). *Equal Democracies? Gender and Politics in the Nordic Countries*. Oslo: Scandinavian University Press.
- BOURDIEU, Pierre. *Espíritos de Estado: Gênese e estrutura do campo burocrático*. In: _____ . *Razões Práticas*. Campinas/SP: Papirus, 1996.
- _____. *A força do Direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico*. In: _____ . *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- _____. *A dominação masculina*. Trad. Maria Helena Kühner. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. 160 p.
- CAMPOS, Carmen Hein de. *Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha* In: _____ (Org.). *Lei Maria da Penha comentada na perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CHAPMAN, Jennifer. *Politics, Feminism and the Reformation of Gender*. Ed. Routledge, 2004. 336 p.
- DAHL, Tove Stang. *O Direito das Mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista*. Lisboa: FCG, 1993.
- ESPING-ANDERSEN in CHRISTIANSEN, Niels Finn et al. (Org.). *The Nordic Model of Welfare*. Copenhagen: Museum Tusculanum Press, 2005. p. 13.
- EXAME. *Por equidade salarial, islandesas saem do trabalho às 14h38*. Para as islandesas, 24 de outubro é sinônimo de luta: o dia marca a greve de mulheres que, em 1975, mudou os rumos da igualdade de gênero no país. Reportagem publicada em 25 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/por-equidade>>

-salarial-islandesas-saem-do-trabalho-as-14h38/>. Acesso em: 28/10/2016.

KARLSSON, Gunnar. *The History of Iceland*. 1ª ed. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000. p. 353-357.

KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora A. Sentidos da judicialização da política: duas

análises. *Lua Nova*, n. 57. São Paulo, 2002.

MACIEL, Débora Alves. *Mobilização de direitos no Brasil: grupos e repertórios*. Abril de 2015. Disponível em: <http://sociologia.fflch.usp.br/sites/sociologia.fflch.usp.br/files/Mobiliza%C3%A7%C3%A3o%20de%20direitos%20D%C3%A9bora%20Maciel%20_%20LAPS.pdf>. Acesso em: 20/06/2016.

_____. Ação coletiva, mobilização do direito e instituições políticas: o caso da Campanha da Lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 26 Nº 77, Out./2011. p. 97-111.

_____. Ação coletiva, mobilização do direito e instituições políticas: o caso da Campanha da Lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 26 Nº 77, Out./2011. p. 97-111.

WORLD ECONOMIC FORUM. *Introduction – The Global Gender Gap Report 2013*. Geneva: 2013. Disponível em: <<http://www.weforum.org/issues/global-gender-gap>>. Acesso em: 15/06/2016.

IGUALDADE DE GÊNERO NA AGENDA E NO SISTEMA INTERNACIONAL: INDÍCIOS DA FORMAÇÃO DE UM REGIME

Rafaela Sanches¹

Priscila Mendes²

Stephany Brum³

RESUMO: Esse trabalho visa compreender a possibilidade da formação de um regime internacional de igualdade de gênero. Para isso, o trabalho faz uma breve abordagem acerca dos regimes internacionais, como eles são criados, e após, destaca as iniciativas internacionais de consolidação deste regime, ou seja, cúpulas, fóruns, tratados internacionais, meetings, declarações, conferências internacionais, entre outros, que abordam direta ou indiretamente ou que impactem na agenda internacional ou em outras iniciativas que versam sobre o tema de igualdade de gênero.

Palavras-chave: Regime Internacional, Gênero, Igualdade de Gênero, Relações Internacionais.

ABSTRACT: This work aims to understand the possibility of forming an international regime of gender equality. For this, the work makes a brief overview about the international regimes, as they are created and after, highlights the international efforts to consolidate this scheme, summits, forums, international treaties, meetings, declarations, international conferences, etc. which they deal directly or indirectly or that impact on the international agenda or other initiatives that deal with the theme of gender equality.

Keywords: International Regime, Gender, Gender Equality, International Relations

1. Introdução

É inegável que, nas últimas décadas, verifica-se o aumento considerável na quantidade de iniciativas tanto nacionais quanto internacionais em prol da igualdade de gênero, que tomam as mais diversas formas, com maior ou menor efetividade. No âmbito das relações internacionais, na última metade de século, observa-se o aumento significativo na formação de regimes internacionais nas mais diversas temáticas: regi-

¹ Bacharel em Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Belo Horizonte (UNI-BH) e Mestranda em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Brasil. E-mail: contato.rafaelasanches@gmail.com

² Graduanda em Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Belo Horizonte (UNI-BH). Brasil. E-mail: priscilamendes.2@hotmail.com

³ Graduanda em Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Belo Horizonte (UNI-BH). Brasil. E-mail: brumstephany@gmail.com

me internacional de segurança, regime internacional do uso pacífico da energia nuclear e, os que estão em voga no momento, o regime internacional de meio ambiente -- em especial o regime de mudanças climáticas, e o regime internacional de Direitos Humanos -- especialmente com a questão dos refugiados. Percebe-se que muitos desses regimes internacionais apresentam pequenos indícios de seu surgimento, seja a partir de cúpulas e encontros menos formais, abrangendo, também, configurações mais complexas como a criação de agências especializadas no âmbito da ONU (Organização das Nações Unidas). Para além disso, nota-se que a igualdade de gênero tem se tornado assunto versado em grandes eventos internacionais e em outras iniciativas, principalmente a partir de 1975, quando ocorreu a I Conferência Mundial Sobre a Mulher, na Cidade do México.

O objetivo deste artigo é averiguar se um regime internacional de igualdade entre gênero está surgindo no plano internacional. Para isso, a pergunta de partida é: as novas iniciativas internacionais podem ser indícios do surgimento de um regime internacional de igualdade entre gêneros? Nessa lógica, duas hipóteses são levantadas: a primeira está vinculada à ideia de que existe, de fato, o surgimento de um regime internacional com base nos indícios encontrados; a segunda, é que os indícios são insuficientes para confirmar o surgimento de um regime internacional.

2. Definição e elementos dos regimes internacionais

As discussões sobre Regimes Internacionais tiveram início entre as décadas de 1970 e 1980, quando a primeira definição desse conceito foi criada (KRASNER, 1983). Especificamente para a proposta de análise deste artigo, será utilizada a vertente formal (de Robert O. Keohane, 1984), uma vez que esta corrente é mais positivista em relação às demais, indo de encontro ao propósito deste artigo. É importante destacar que existem várias correntes dentro das Teorias de Regimes Internacionais, cada qual com um enfoque particular, porém, praticamente todas derivam da definição cunhada por Krasner. Dessa forma, Regimes Internacionais são

Princípios implícitos ou explícitos, normas, regras e processos de tomada de decisão nos quais as expectativas dos atores envolvidos convergem em uma determinada área das relações internacionais. Princípios são as crenças do fato, causas e retitude. Normas são padrões de comportamentos definidos em termos de direitos e obrigações. Regras são prescrições ou proscições específicas para a ação. Os procedimentos de tomada de decisão são práticas prevalentes para fazer e implementar a escolha coletiva. (KRASNER, 1982, p. 186, tradução livre).

De acordo com Robert O. Keohane (1984) um regime internacional é composto por quatro elementos: “princípios, normas, regras e processos de tomada de decisão.” (KEOHANE, 1984, p. 73, tradução livre). Apesar de serem semelhantes, esses elementos se diferem em sua definição. Keohane (1984) mantém a definição

de Krasner (citada acima) e acrescenta alguns pontos. Para o autor, “os princípios do regime definem, em geral, os fins que seus membros são esperados a buscar.” (KEOHANE, 1984, p. 58, tradução livre). As normas, para além de definir os padrões de comportamento, definem também os comportamentos considerados aceitáveis ou não pelos membros do regime. (KEOHANE, 1984; HASENCLEVER; MAYER; RITTBERGER, 2002).

Keohane (1984) destaca que as regras e normas de um regime são difíceis de diferenciar, apesar de que a primeira especifica com maior precisão os direitos e obrigações dos membros do regime. Por outro lado, a segunda é mais generalista nesse ponto. Diferente das normas e dos princípios, as regras podem ser alteradas com maior facilidade, dado que qualquer alteração nas normas e princípios de um regime é um indicativo da mudança deste. Por fim, “os procedimentos de tomada de decisão de um regime provêm as maneiras de implementar seus princípios e alterar suas regras.” (KEOHANE, 1984, p. 58, tradução livre). É a articulação entre os princípios, normas e regras que legitimam o regime e que, de certa forma, moldam o comportamento dos membros do regime. (KEOHANE, 1984).

Neste panorama, de acordo com Keohane (1984), os regimes internacionais existem somente a partir de termos formais, ou seja, estes devem ser positivados através de tratados ou outras iniciativas internacionais (como exemplo: comunicações à ONU, acordos bilaterais) que são estabelecidas entre dois ou mais Estados e que tenham validade contínua (isto é, continuam a existir, mesmo que mudanças sejam feitas) (KEOHANE, 1984; HASENCLEVER; MAYER; RITTBERGER, 2002; KARDAM, 2004).

Com base na definição de regimes internacionais feita por Robert Keohane, a próxima seção buscará aliar os conceitos do autor às iniciativas que foram desenvolvidas no Sistema Internacional nos últimos anos, buscando investigar os indícios da formação do Regime de Igualdade de Gênero no âmbito internacional.

3. Indícios do regime internacional de igualdade de gênero

Tendo em vista a definição de regimes internacionais que Robert Keohane (1984) propõe e destacando que, para o autor, um regime se constitui de elementos formalizados entre Estados, esta seção demanda a apresentação das iniciativas internacionais que podem ser interpretadas como indícios da formação ou mesmo da existência de um Regime Internacional de Igualdade de Gênero. Para cumprir tal objetivo, é necessário investigar iniciativas internacionais que, em um primeiro momento, não se vinculada diretamente ao objeto deste artigo, mas que, com a evolução histórica dessa discussão, este se vincula ao objeto. Em complemento, as iniciativas apresentadas aqui são selecionadas com base no impacto que estas produziram no regime, uma vez que existe a restrição de tamanho para o desenvolvimento do presente artigo.

Mesmo não tratando especificamente da temática da igualdade de gênero, é importante citar tanto a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). O primeiro documento coloca a cooperação internacional como uma forma de amenizar ou solucionar problemas de ordem social,

econômica, política, entre outros, buscando estimular o respeito mútuo, indiferente de raça, condição social, entre outros. (ONU, 1945). O segundo versa sobre a universalidade e inviolabilidade dos Direitos Humanos (BRASIL, 2016). Ambos os documentos destacam a cooperação internacional (os regimes internacionais também são uma forma) para se alcançar os objetivos propostos por elas. Em 1951, a Convenção 100 da Organização Mundial do Trabalho (OIT) foi estabelecida e destaca necessidade de igualar os salários de homens e mulheres, sendo ela ratificada e aplicada a todos os países que fazem parte da organização internacional (BRASIL, 2016). Nos anos seguintes a OIT continuou a convencionar uma série de medidas em prol da igualdade entre os gêneros, dentre elas a igualdade de Emprego e Profissão (Convenção 111 – 1958) (BRASIL, 2016).

Em 1953 a Convenção sobre Direitos Políticos da Mulher foi estabelecida e ratificada no âmbito da ONU. Esta determina que os votos de ambos os sexos devem ser igualitários e as mulheres também devem ter acesso à vida pública política (participar e se candidatar às eleições, ocupação de funções e cargos públicos, entre outros) (BRASIL, 2016). Em 1975 aconteceu a I Conferência Mundial sobre a Mulher, e este mesmo ano foi instituído o Ano Internacional da Mulher. O relatório produzido pela ONU (1975) apresenta os principais pontos da conferência, entre eles o direito à integridade física da mulher, autonomia em relação às decisões relacionadas ao próprio corpo e o direito à maternidade opcional. Na ocasião, também se estabeleceu a Década da Mulher, de 1975 a 1985. Até então, fazendo referência às iniciativas tomadas no âmbito internacional, não é possível destacar alguma que de fato vá de encontro aos pressupostos colocados por Robert Keohane, porém fica evidente o surgimento e aumento das discussões a respeito da mulher, buscando a garantia de direitos até então negado a elas.

É nesse panorama que, em 1979, o ponto de inflexão acontece: naquele ano é estabelecida a Convenção para Eliminar Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (sigla em inglês: CEDAW). De acordo com Nüket Kardam (2004), este é o documento que estabelece o regime, tendo em vista que “as regras encontradas em ‘convenções’ e ‘tratados’ são vinculantes uma vez que o órgão de tomada de decisão de um Estado ratificador as passem.” (KARDAM, 2004, p. 88, tradução livre). A CEDAW tornou-se um tratado ativo (entrou em força) em 1989, a maioria dos Estados-membro da ONU a ratificou (cerca de cem Estados) (ONU, 1979). Tendo em vista a demarcação teórica feita com os pressupostos de Robert Keohane, a CEDAW apresenta os princípios do regime que são a proibição de qualquer tipo de discriminação em relação à mulher e a promoção da igualdade de gênero (ONU, 1979). A Convenção ainda faz menção às iniciativas internacionais anteriores a ela e a necessidade de promoção da igualdade entre os gêneros. Para além disso como forma de aplicação legal e cumprimento do que a Convenção estabelece, esta define a discriminação contra a mulher como

qualquer distinção, exclusão ou restrição feita com base no sexo que tem o efeito ou propósito de prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, indepen-

dentemente de seus estado civil, *em uma base de igualdade entre homens e mulheres*, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais no campo político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro campo. (ONU, 1979, tradução livre, grifo nosso).

Nas II, III e IV Conferência Mundial sobre a Mulher (respectivamente, Copenhague (1980), Nairóbi (1985) e Beijing (1995)) são estabelecidas as direitos e obrigações dos Estados signatários. A Conferência em Copenhague (1980) foi utilizada para expor e avaliar os avanços alcançados nos cinco primeiros anos da Década Internacional da Mulher. Em Nairóbi (1985), outro marco foi alcançado: medidas para se alcançar a igualdade entre homens e mulheres foram aprovadas, trazendo-as para o nível doméstico dos Estados (BRASIL, 2016). Segundo Kardam (2004), com base na III Conferência Mundial sobre a Mulher (em Nairóbi, 1985), os Estados teriam uma base internacional para poder criar os próprios mecanismos domésticos de promoção da igualdade entre gêneros, baseados nos princípios da CEDAW de não-discriminação e igualdade. Para além disso, a autora destaca que nessa conferência outro ponto foi crucial para o Regime: os Estados teriam a liberdade de criar esses mecanismos de acordo com as suas políticas e capacidades internas, especialmente para as áreas temáticas: inclusão da mulher (acesso à educação, segurança, etc), o papel da mulher no desenvolvimento do país e na economia, entre outros (KARDAM, 2004). Para além disso, nas três conferências, duas normas internacionais foram criadas para as Organizações Internacionais: a primeira é de continuar e aumentar os estímulos ao desenvolvimento da igualdade entre os sexos e a segunda é o monitoramento de as iniciativas internacionais criadas tanto em proteção das mulheres quanto da igualdade entre gêneros (CEDAW, 1979; KARDAM, 2004; BRASIL, 2016).

Em relação aos Direitos e Deveres dos Estados, estão as iniciativas que obrigam os Estados a eliminar as formas de discriminação e a promoção da igualdade de gênero no âmbito doméstico (o que inclui não somente o aparato jurídico/legal, mas também de política públicas, entre outros) e monitorar o progresso dessas iniciativas. A IV Conferência sobre a Mulher (Beijing, 1995) também tem um ponto de inflexão

A transformação fundamental em Pequim foi o reconhecimento da necessidade de mudar o foco da mulher para o conceito de gênero, reconhecendo que toda a estrutura da sociedade, e todas as relações entre homens e mulheres dentro dela, tiveram que ser reavaliados. Só por essa fundamental reestruturação da sociedade e suas instituições poderiam as mulheres ter plenos poderes para tomar o seu lugar de direito como parceiros iguais aos dos homens em todos os aspectos da vida. Essa mudança representou uma reafirmação de que os direitos das mulheres são direitos humanos e que a igualdade de gênero era uma questão de interesse universal, beneficiando a todos. (ONU, 2016, grifo nosso).

Mesmo com a mudança de enfoque, o regime não muda por completo.

Não existe a mudança nos princípios e normas do regime e este acaba por não perder suas características iniciais. As iniciativas que vão se desenvolvendo estão, portanto, o complementando. Em relação às normas e processo de tomada de decisão, para este regime específico e como reflexo da CEDAW, é possível apontar os mecanismos de monitoramentos e supervisão instituídos pela Convenção, em especial o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher e a Comissão sobre o Status da Mulher. O primeiro foi estabelecido pela CEDAW, na parte V, do artigo 17 ao 22, que apresentam tanto a conformação administrativa do Comitê, quanto a eleição de seus membros e os compromissos que os Estados-parte devem assumir. Entre esses compromissos estão o de apresentar ao Comitê relatórios periódicos sobre o que tem sido colocado em prática em relação ao que foi acordado na CEDAW. O Comitê tem a capacidade de fazer recomendações, sugestões e monitoramento da implementação da CEDAW (UN GENERAL ASSEMBLY, 1979; UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS - OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER, [20--]). Em complemento, os relatórios feitos pelo Comitê são recebidos pela Comissão sobre o Status da Mulher (UN GENERAL ASSEMBLY, 1979).

A Comissão sobre o Status da Mulher “é fundamental na promoção dos direitos das mulheres, documentar a realidade da vida das mulheres em todos o mundo e *moldar os padrões globais em matéria de igualdade de gênero [...]*” (UN WOMEN, [20--], tradução livre, grifo nosso). A Comissão teve o seu escopo expandido em 1996 pela resolução 1996/6 do ECOSOC (Conselho Econômico e Social das Nações Unidas) onde passou a ser um dos principais organismos do sistema ONU em termos do monitoramento da implementação tanto da Declaração de Beijing e da Plataforma de Ação, quanto da integração das discussões sobre gênero nas práticas da ONU, bem como a capacidade de participação nas discussões relacionadas à igualdade de gênero e realização de encontros periódicos para discutir avanços nessa temática (UN WOMEN, [20--]).

Anos mais tarde, em 2000, a ONU elaborou a Declaração do Milênio que, entre seus oito objetivos, apresenta a igualdade entre os sexos e o empoderamento da mulher como o terceiro a ser buscado (BRASIL, 2016). Este objetivo traz sugestões de ações que os Estados-membros da ONU devem tomar até o ano de 2015, em especial de eliminar a desigualdade entre os sexos, em especial, no que tange a educação (CENTRO DE VOLUNTARIADO DE SÃO PAULO, 2016).

Levando em consideração as iniciativas internacionais destacadas acima, é possível perceber que os indícios confirmam, ao menos, a formação de um regime internacional. Isto demonstra a inserção do tema na agenda internacional, isto é, no âmbito internacional a discussão sobre a igualdade de gênero faz-se presente nas negociações dos mais diversos acordos e tratados, dentro das mais diversas temáticas gerais, como meio ambiente, desenvolvimento sustentável, inserção econômica, migração de trabalho, entre outros.

4. Conclusão

Em vista das iniciativas internacionais apresentadas e brevemente discutidas

neste artigo, é possível a relação causal entre o estabelecimento da CEDAW e a conformação de um regime internacional para igualdade de gênero, tendo em vista a corrente teórica postulada por Robert Keohane. Levando em consideração esses tratados, acordos, entre outros estabelecidos no âmbito internacional, percebe-se que o tema da igualdade de gênero tem feito parte das discussões e dos processos de tomada de decisão dos Estados. É inegável que a discussão tomou corpo após a década de 1990, em especial nos últimos anos, com a inclusão da igualdade de gênero nos Objetivos do Milênio da ONU, bem como o caso da Menina Malala, do papel da Internet como teatro de compartilhamento de ideias, entre outros.

Desta forma, entende-se que os indícios de um regime internacional apresentados levam à confirmação da existência deste, embora ainda não possua a expressão política que o Regime Internacional de Meio-Ambiente possui, mas já é capaz de produzir alterações no comportamento dos Estados. Por fim, a escolha de óptica teórica deste artigo preocupa-se apenas com o que está positivado e distancia o seu foco de alguns pontos que também são importantes: o compartilhamento de ideias, identidades, a questão sociológica que a temática de igualdade de gênero traz em sua raiz.

Referências Bibliográficas

BRASIL. OBSERVATÓRIO DE GÊNERO. *Principais Documentos Internacionais para a Promoção dos Direitos das Mulheres e da Igualdade de Gênero*. Disponível em: <<http://www.observatoriodegenero.gov.br/eixo/internacional/documentos-internacionais>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

CENTRO DE VOLUNTARIADO DE SÃO PAULO (São Paulo). 3. *Igualdade entre Sexos e Valorização da Mulher*. Disponível em: <<http://www.objetivosdomilenio.org.br/mulher/>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

HASENCLEVER, Andreas; MAYER, Peter; RITTBERGER, Volker. *Theories of International Regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

KARDAM, Nüket. The Emerging Global Gender Equality Regime from Neoliberal and Constructivist Perspectives in International Relations. *International Feminist Journal Of Politics*. [s.l.], v. 6, n. 1, p.85-109, jan. 2004.

KARDAM, Nüket. Turkey's Response to The Global Gender Regime. *Gemc Journal*. Tohoku, v. 4, n. 1, p.008-023, mar. 2011. Disponível em: <http://www.law.tohoku.ac.jp/gcoe/wp-content/uploads/2011/03/gemc_04_cate2_31.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2016.

KEOHANE, Robert O. *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*. Princeton: Princeton University Press, 1984. 307 p.

KRASNER, Stephen D. (Ed.). *International Regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983. 372 p.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS . *Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. 1945. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2016.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS . *Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher*. 1953. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-da-Mulher/convencao-sobre-os-direitos-politicos-da-mulher.html>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/ods5/>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção para Eliminar Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW)*. 1979. Disponível em: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm#intro>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *ONU e Mulheres*. 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/mulheres/>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the World Conference of the International Women's Year*. 1975. Disponível em: <[http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/otherconferences/Mexico/Mexico conference report optimized.pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/otherconferences/Mexico/Mexico%20conference%20report%20optimized.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2016.

TRUE, Jacqui. *Normalising Gender in Global Governance*. 2010. Disponível em: <[http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/genre/users/Nell_Williams/public/Jacqui True Fem_IntNorms_Geneva.pdf](http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/genre/users/Nell_Williams/public/Jacqui%20True%20Fem_IntNorms_Geneva.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2016.

UN GENERAL ASSEMBLY. *History*. 2009. Disponível em: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

UN GENERAL ASSEMBLY. *Convention on The Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)*. 1979. Disponível em: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

UN WOMEN. *Commission on the Status of Women*. [20--]. Disponível em: <<http://www.unwomen.org/en/csw>>. Acesso em: 03 maio 2016.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS - OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER.COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN. [20--]. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/en/hrbodies/cedaw/pages/cedawindex.aspx>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

O ATIVISMO JUDICIAL E A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Celso Gustavo Lima¹

Otavio Luiz Garcia Salles de Carvalho²

RESUMO: O presente trabalho estudará a temática da adoção por casais homoafetivos, sob a ótica dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito instituído em nosso país. Buscar-se-á uma análise interdisciplinar do tema, considerando a legislação brasileira, a jurisprudência e doutrina que versam a respeito deste assunto, de modo a se constatar que não existem óbices legais que impedem a possibilidade da adoção por casais formados por pessoas do mesmo sexo, sendo que sua proibição claramente traduzir-se-ia em direta e frontal violação de princípios e direitos fundamentais consagrados em nossa atual Constituição Federal.

Palavras-chave: Adoção. Casais homoafetivos. Estatuto da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT : This paper will examine the issue of adoption by homosexual couples, from the perspective of the guiding principles of the democratic rule of law established in our country. Search-there will be a subject of interdisciplinary analysis considering the Brazilian legislation, jurisprudence and doctrine that deal with this matter, in order to verify that there are no legal obstacles that prevent the possibility of adoption by couples formed by persons of the same sex, and its prohibition clearly translate it would in direct and flagrant violation of fundamental principles and rights enshrined in our Federal Constitution.

Keywords: Adoption. Homosexual couples. Child and Adolescent Statute.

1. Introdução

A sociedade brasileira evoluiu consideravelmente nas últimas décadas - tanto é que a Constituição da República Federativa do Brasil traz em seu bojo um rol de direitos fundamentais, instituídas como cláusulas pétreas, além uma gama de princípios que transferem tanto ao poder público quanto à sociedade a garantia de uma vida digna a todos os indivíduos que estiverem sob o manto da jurisdição brasileira.

Ocorre que, quando se trata de direitos da população LGBT³, a sociedade civil tem certo receio das consequências vindouras. Por grande influência da igreja

¹ Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso, e-mail: celso_iami@hotmail.com.

² Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso, e-mail: otaviogcarvalho@gmail.com.

³ Lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros e interssexuais.

e tendo em vista nossa população ser extremamente conservadora, durante muito tempo, essa comunidade foi considerada como abominação e muitos, infelizmente, ainda pensam dessa forma.

Não fugindo a regra, a adoção por casais homoafetivos também é muito discutida e encontra forte resistência tanto no meio jurídico quanto no meio social. Além do preconceito, há um medo exacerbado de que devido à convivência com pais homossexuais o infante também se torne homossexual, ou que este desenvolva problemas psicológicos ou desvios de personalidade. Contudo, até hoje, não existiu um estudo que provasse tais alegações, sendo que, na contramão de tais argumentos, Dias (2000, p. 100) se posiciona de forma clara:

(...) não há como prevalecer o mito de que a homossexualidade dos genitores é geradora de patologias, eis não ter sido constatado qualquer efeito danoso para o desenvolvimento moral ou a estabilidade emocional da criança conviver com pais do mesmo sexo.

Da mesma forma, Silva Junior (2011, p.130) desmistifica a questão da tendência que filhos de pais homossexuais teriam à homossexualidade, senão vejamos:

(...) a orientação sexual dos pais, de per si, não é suficiente para determinar, plenamente, a estrutura de desejo dos filhos naturais ou socioafetivos. Pensar dessa forma seria limitar, por demais, a compreensão da dinâmica cambiante da sexualidade, da identidade sexual e dos papéis de gênero.

Diante disso e, com a omissão do Poder Legislativo, o Poder Judiciário vem sendo instado a todo tempo a se manifestar sobre os direitos dessa comunidade que a muito sofre as arbitrariedades de uma sociedade conservadora e de maioria religiosa.

O presente artigo tem o condão de analisar como vem se dando a tutela jurídica do direito de adoção aos casais formados por pessoas do mesmo sexo, numa posição ativista do Poder Judiciário que, apesar de muito criticada por parte dos teóricos, tem garantido a máxima efetividade de uma série de princípios incrustados na Carta Magna de 1988, tais como o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente.

2. O Ativismo Judicial

A temática gera críticas e aplausos entre os operadores do direito. Apesar de não ser um fenômeno novo e nem característico apenas da jurisdição brasileira, ainda há muitas incógnitas a respeito do limite da posição ativa do Poder Judiciário.

Tem-se de um lado, a questão da tripartição dos poderes, modelo de governo que impera em nosso país, em que cada poder possui função específica definida pela Constituição. A invasão de tais atribuições criaria uma assimetria entre eles, fator extremamente delicado.

Por outro lado, existem questões de ampla repercussão social e política que precisam de solução e padecem pela demora do poder público, especialmente do Poder Legislativo, como é o caso dos direitos LGBTI. O Congresso Nacional, que tem a atribuição de legislar, e que deveria regular os direitos desse grupo, sempre se mantém omissos, todavia, os problemas ocorrem, as dúvidas surgem e, nesse contexto, o Judiciário é obrigado a decidir.

O Poder Judiciário é instado a se manifestar e não pode deixar de analisar as questões trazidas a julgamento, apenas pelo fato de não existir lei a respeito dos temas discutidos. Neste caso, conforme preceitua a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em seu art. 4º: *“quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”*. Poderá ainda exercer função atípica, com o intuito de efetivar comandos constitucionais que promovam a efetivação de direitos fundamentais.

Nesta senda, Barroso (2008, p. 06) entende o ativismo judicial da seguinte forma:

(...) Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.(...)

Desta forma, é plenamente possível que, na ausência de norma regulamentadora, haja uma aplicação imediata e direta da Constituição a situações que não estejam contidas nesta de forma expressa, principalmente quando tais omissões ferirem direitos fundamentais e princípios previstos na Lei Maior. Estes últimos que, segundo o entendimento de Alexy (2011, p. 91) *“são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Assim, os princípios são mandamentos de otimização. (...)”*

3. A Adoção Por Casais Homoafetivos

A Carta Magna de 88 (art. 227, *caput*) e, posteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 4º, *caput*, e 5º) primaram por atender ao princípio do melhor interesse do infante quando a temática em questão é a adoção, garantindo a este, direitos fundamentais a uma vida digna, repleta de afeto. Segundo Venosa (2005, p. 298):

Sua utilidade [do princípio do melhor interesse da criança

e do adolescente], com relação ao menor, carente ou em estado de abandono, é “inafastável”, sendo do interesse do Estado que se insira em um ambiente familiar homogêneo e afetivo. Sua utilidade, mormente para casais sem filhos, é ressaltada. O enfoque da adoção moderna terá em vista, contudo, a pessoa e o bem-estar do adotado, antes do interesse dos adotantes.

Manter o menor longe do convívio familiar havendo a possibilidade real de adoção só trará prejuízo a este, além de ferir de morte o referido princípio. Silva Júnior (2006a, p. 86) trata da adoção como *“vínculo legal que cria, à semelhança da filiação consanguínea, um parentesco, pelo valor de afeto”*.

Já Dias (p. 21) assim se posiciona sobre o assunto:

(...) Vetar a possibilidade de juridicizar a realidade só traz prejuízo ao filho, que não terá qualquer direito com relação a quem exerce o poder familiar, isto é, desempenha a função de pai ou de mãe. Presentes todos os requisitos para o reconhecimento de uma filiação socioafetiva, negar sua presença é deixar a realidade ser encoberta pelo véu do preconceito.

Atualmente, um dos grandes problemas enfrentados pelo Brasil é o grande número de crianças abandonadas em abrigos. São milhares de menores que estão longe do seio familiar, que crescem sem o carinho e afeto dos pais, sejam eles biológicos ou adotivos.

As estatísticas a respeito de crianças órfãs são preocupantes. Segundo dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça⁴, existem cerca de 6.592 (seis mil, quinhentos e noventa e duas) crianças e adolescentes aptos à adoção em território nacional.

E o número de crianças em abrigos tem aumentado. Conforme pesquisas trazidas pelo site do Senado Federal⁵, haviam 44 (quarenta e quatro) mil crianças vivendo em abrigos no ano de 2013. Compete destacar que, no ano de 2012, este número era de apenas 37 (trinta e sete) mil, ou seja, em apenas um ano, houve um aumento considerável no número de crianças abandonadas, o que torna evidente o problema ora ressaltado.

Isso posto, em contrapartida, temos inúmeros casais que sonham em adotar um filho, sendo muitos casais homoafetivos, que ainda encontram barreiras sociais e

⁴ **Cai número de pretendentes à adoção que só querem crianças brancas.** Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82321-cai-numero-de-pretendentes-a-adocao-que-so-querem-criancas-brancas>>. Acesso em 15 out. 2016.

⁵ **Realidade brasileira sobre adoção:** A diferença entre o perfil desejado pelos pais adotantes e as crianças disponíveis para serem adotadas. Disponível em <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao.aspx>>. Acesso em 10 out. 2016.

as vezes jurídicas, devido à forte presença de ideias e pensamentos retrógrados que aos poucos vem sendo desconstruídos.

Apesar da adoção por casais do mesmo sexo ser um tema polêmico no Brasil, segundo Farias (2009, p. 84) não há nenhum impedimento para que uma pessoa homossexual adote uma criança, considerando-se exclusivamente sua orientação sexual.

Há a crença popular no Brasil de que as relações homoafetivas seriam promíscuas e, em decorrência disso, pouco duradouras, impossibilitando um ambiente adequado para o bom convívio do infante. Porém Farias (2009a, p. 87) apresenta um estudo que contraria diretamente essa linha de pensamento, senão vejamos:

Nesse cenário, é importante conhecer a opinião dos próprios homossexuais acerca da adoção. Uma pesquisa, realizada no Brasil na cidade de Juiz de Fora, Minas Gerais, ouviu 65 homossexuais: 36 homens e 29 mulheres (Costa, 2002?). Dentre os entrevistados, 80% diziam possuir um parceiro fixo, contradizendo a crença popular de que os homossexuais teriam relações promíscuas. Oitenta e sete por cento foram contra o fato de um pedido de adoção ser indeferido com base apenas na orientação sexual do requerente, sendo que as mulheres foram mais a favor (96,5%) que os homens (80,5%). No entanto, quando o enfoque foi o homossexual solteiro, quase todos os entrevistados (96,92%) concordaram com a concessão da adoção (100% dos homens e 93,1% das mulheres) (COSTA, 2002?).

Segundo Campos (2008a, p.101) a adoção é um direito de personalidade e, em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade (previstos na CF/88), garante o exercício pleno de adoção por casais homoafetivos. Nos dizeres de Figueiredo (2005a, p. 15):

Uma parcela ponderável da população está tendo sonogado o seu direito constitucional a uma família, enquanto outra parcela é impedida de adotar por puro preconceito de alguns que acham que o fato de uma pessoa ter orientação sexual distinta da maioria o torna um subcidadão, incapacitado para uma série de atos da vida civil, em especial para a paternagem/maternagem.

Apesar de muitos serem contrários a esse tipo de adoção, não há restrição constitucional nem infraconstitucional que vede o exercício do direito de constituir família por casais homoafetivos. Ademais, contrariando a ideia de que seria prejudicial à criança a falta da figura masculina (quando menino) ou da figura feminina (se menina) para o desenvolvimento saudável de sua personalidade, Fernandes (2004, p. 111) nos lembra com maestria, que:

Podemos dizer que o tema adoção é o mais complexo e nevrálgico dentre todos os que se relacionam com os direitos

os e deveres dos que vivem em união homossexual. Os que combatem a adoção por casais homossexuais, impressionados com o fato de os adotantes serem pessoas do mesmo sexo, esquecem que a paternidade ou maternidade é, antes de tudo, uma função, um papel que se exerce, não estando vinculada, necessariamente, ao sexo dos pais. Um pai pode funcionar como pai e mãe; a mãe – e isso é tão comum no Brasil-, que cria os filhos, sozinha, exerce o papel feminino, de mãe, e o masculino, de pai.

Seguindo esta mesma linha, Sapko (2005a, p. 101) argumenta de acordo com o princípio da afetividade em prol dos casais homoparentais:

Homossexuais, por tudo que já se disse, são pessoas plenamente capazes de dar afeto e atenção a outros seres humanos – se assim não fosse, não poderiam se relacionar com seus parceiros, pais e amigos, o que se sabe, fazem, e muito bem, na maioria dos casos -, nada havendo que evidencie não poderem ser pais ou mães tão amorosos e cuidadosos quanto qualquer heterossexual.

4. Princípios Norteadores das Decisões Judiciais

Tanto o Estatuto da criança e do adolescente quanto o Código Civil não criam empecilhos para a adoção por parte de casais homoafetivos. Restringir a adoção à essas pessoas fere direitos tanto da criança e do adolescente quanto dos futuros pais ou mães, impedidos de constituir uma família pautada no princípio da afetividade.

O art. 227, caput, da Constituição de 88, exige uma postura ativa da sociedade, da família e do Estado para garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais contidos no texto legal, senão vejamos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O referido artigo consagra, portanto, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que é também previsto na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, assim como o princípio da prioridade absoluta, conforme preleciona Neves (2013, p. 165):

O princípio da prioridade absoluta consiste em situar em primeiro lugar na escala de preocupação da família, da sociedade e do Estado, as necessidades das crianças, a fim de que seus direitos fundamentais sejam assegurados, segundo

demonstra o artigo 227 da CF. É forçoso reconhecer que essa prioridade absoluta dada às crianças, decorre, indubitavelmente, de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Nesse sentido surge também o princípio da isonomia, consagrado no art. 5º, II, da Constituição de 1988, o qual veda a discriminação, tendo em vista sermos todos iguais e garantindo, ademais, o direito à diferença na medida em que se deve proteger e garantir a igualdade material, e não apenas a igualdade formal.

O princípio da dignidade da pessoa humana possui especial relevância ao se tratar deste tema, na medida em que o mesmo se mostra como basilar e norteador de todo o ordenamento jurídico, vez que se apresenta como o mais importante fundamento da República Federativa do Brasil, consoante se desdobra do art. 1º de nossa Carta Magna. Deve-se garantir o direito de adoção por pessoas homossexuais como observância a esse princípio, uma vez que representa o respeito, a consideração e proteção que todo ser humano merece por ser uma pessoa, dotada de direitos e deveres na órbita jurídica.

Desse modo, é consectário de tal norma o direito à parentalidade, o respeito à individualidade, à personalidade, bem como outros princípios de nossa ordem jurídica, que são de suma importância, como o da afetividade e da liberdade - princípios esses que vêm sendo o carro-chefe de decisões do poder judiciário, buscando igualar os direitos de casais homo e heteroafetivos, principalmente após o julgamento da ADPF nº 132-RJ e a ADI nº 4.277-DF, que reconhece a união homoafetiva como entidade familiar.

Sobre isso, insta arrazoar que na ementa da ADI 4277, o STF fez menção à Teoria da Norma Geral Negativa de Hans Kelsen, segundo a qual *“o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”*. Ou seja: não há qualquer lei ou norma que nega o direito de adoção por casais homoparentais, logo, esse direito deve ser reconhecido de modo a se garantir todos os princípios acima mencionados, o que se mostra como medida de real efetivação de justiça.

5. Análise Jurisprudencial

Uma das decisões mais emblemáticas com relação a presente temática é a do Recurso Especial Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)⁶, que teve como relator o ministro Luis Felipe Salomão. Insta salientar que tal decisão fora proferida aproximadamente 5 (cinco) anos antes da Corte Constitucional se posicionar a acerca da união

⁶ DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. (...) (STJ) - REsp: 889852 RS 2006/0209137-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/04/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/08/2010).

homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277). O caso em tela trata-se de um casal de duas mulheres que viviam em união homoafetiva e uma delas havia adotado dois menores, que residiam com elas. A outra mãe, então, ingressou na justiça requerendo a adoção das crianças também.

O relator entendeu que, quando se trata de adoção, as decisões devem deferir quando apresentarem reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos, prevalecendo o interesse dos menores sobre qualquer outro, conforme preceitua o art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Aduz que o fato é que a companheira da requerente já havia adotado regularmente as crianças desde quando nasceram, e todos conviviam em harmonia com a pretendente à adoção, possuindo uma relação de fortes vínculos afetivos. As crianças chamam ambas de “mãe” e são tratados pelas duas como filhos, constituindo de fato, uma família. Argumenta que, por mais que exista uma lacuna na legislação, isso não deve ser óbice para a proteção dos menores, que não teriam resguardados diversos direitos, como os de sucessão, caso a requerente viesse a falecer.

A fim de consolidar sua tese, o magistrado apresenta ainda estudos realizados pela Universidade de Virgínia, Universidade de Valência e Academia Americana de Pediatria, com o seguinte teor:

- “ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar, quanto na circunstância de amar e servir”; - “nem sempre, na definição dos papéis maternos e paternos, há coincidência do sexo biológico com o sexo social”;
- “o papel de pai nem sempre é exercido por um indivíduo do sexo masculino”;
- os comportamentos de crianças criadas em lares homossexuais “não variam fundamentalmente daqueles da população em geral”; - “as crianças que crescem em uma família de lésbicas não apresentam necessariamente problemas ligados a isso na idade adulta”;
- “não há dados que permitam afirmar que as lésbicas e os gays não são pais adequados ou mesmo que o desenvolvimento psicossocial dos filhos de gays e lésbicas seja comprometido sob qualquer aspecto em relação aos filhos de pais heterossexuais”;
- “educar e criar os filhos de forma saudável o realizam semelhantemente os pais homossexuais e os heterossexuais”;
- “a criança que cresce com 1 ou 2 pais gays ou lésbicas se desenvolve tão bem sob os aspectos emocional, cognitivo, social e do funcionamento sexual quanto à criança cujos pais são heterossexuais”.

Por fim, o ministro negou provimento ao Recurso Especial interposto pelo Ministério Público, garantindo a adoção por ambas as mães.

Trazendo para o contexto regional, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato

grosso, também no ano de 2010, julgou a Apelação Cível 78200/2009⁷, tendo como relatora a desembargadora Maria Helena Gargaglione Póvoas. A magistrada entendeu que a omissão legal não gera empecilhos para que pessoas do mesmo sexo possam adotar. Deve-se despendar de um tratamento igualitário tanto para casais hétero quanto homoafetivos, prezando pelos princípios da dignidade da pessoa humana, e do melhor interesse do infante.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário N.º 846.102⁸, com a relatoria da Ministra Carmén Lúcia, pacificou o entendimento acerca da constitucionalidade do direito de adoção por casais homoafetivos. O Recurso Extraordinário fora interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no sentido de possibilitar a habilitação de um casal do mesmo gênero. A relatora entende que, devido ao fato da Suprema Corte Brasileira já ter entendido que as uniões homoafetivas são entidades familiares pautadas no afeto, garante a igualdade entre estas e qualquer outra já conhecida pelo direito. Sendo incabível querer limitar o direito de adoção por esses casais, criando empecilhos onde a lei não prevê. Oportunidade em que tratou o assunto da seguinte forma:

1. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê. 2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento.

⁷ Apelação cível. Adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo. Possibilidade. Recurso provido. A omissão legal não significa inexistência de direito, tampouco quer dizer que as uniões homoafetivas não merecem a tutela jurídica adequada, inclusive no que tange ao direito de adotar, motivo pelo qual não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido de adoção. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família, de modo que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana. Sendo possível conceder aos casais formados por pessoas do mesmo sexo tratamento igualitário ao conferido às uniões estáveis entre heterossexuais, não há que se falar em impossibilidade de adoção por casais homossexuais, ainda mais quando nem o 37 ECA tampouco o Código Civil trazem qualquer restrição quanto ao sexo, ao estado civil ou à orientação sexual do adotante. Assim, na ausência de impedimentos, deve prevalecer o princípio consagrado pelo referido estatuto, que admite a adoção quando se funda em motivos legítimos e apresenta reais vantagens ao adotando. (TJMT, AC 78200/2009, 2ª C. Cív., Rel. Des. Maria Helena Gargaglione Póvoas, j. 28/04/2010).

⁸ DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAfetiva E RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. ADOÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.277. ACÓRDÃO RECORRIDO HARMÔNICO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (...) (STF - RE: 846102 PR - PARANÁ, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 05/03/2015, Data de Publicação: DJe-052 18/03/2015).

Como explicitado pela ministra, a adoção é uma “*sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos*”, portanto, não deve haver limitações, nem requisitos para homossexuais, que casais heterossexuais não precisam preencher, como querem estabelecer alguns magistrados de nosso país. Com esses argumentos, a ministra negou provimento ao Recurso Extraordinário.

Ademais, a página “Direito Homoafetivo: consolidando conquistas”⁹ apresenta várias decisões de diversos Tribunais do Brasil, consolidando a possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos. Citemos alguns: TJRN, AC 2010.001974-9, Rel. Des. Vivaldo Brennand, j. 29/04/2010; TJSP, AP 123.719-0/9-00, Rel. Des. Paulo Alcides, j. 17/07/2006; TJRS, AC 70013801592, 7ªC. Civ., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05/04/2006.

6. Conclusão

Em todos os julgados analisados, nota-se claramente a consagração dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente. Na adoção, por mais que exista vínculo legal de proteção entre tutor e tutelado, o vínculo afetivo é o que, de fato, fará com que este último se sinta membro de uma família.

Portanto, é necessário que, na contemporaneidade, se abandonem ideias e pensamentos pautados por medos totalmente preconceituosos e desprovidos de qualquer estudo e fonte sólida de comprovação, para que se possa garantir com máxima efetividade os direitos da população LGBTI, bem como os direitos das crianças que hoje não possuem um lar. Se existem casais cujo sonho é ter um filho e se existem crianças cujo sonho é ter uma família, se mostra como medida de mais alta urgência, romper as barreiras sociais e jurídicas para se consolidar o direito à vida e o direito à convivência a essas crianças e para se concretizar o direito à igualdade, à constituição de família, e tantos outros às pessoas homossexuais, de modo que a Constituição deixe de ser uma simples folha de papel tão bela e bem escrita, para tornar-se a realidade de vida da população brasileira.

Assim, como respeito à dignidade da pessoa humana, princípio-base do ordenamento jurídico pátrio, calcado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º) e considerando o objetivo fundamental da República de promover o bem de todos, sem preconceitos de qualquer espécie (art. 3º), o direito à adoção por pessoas LGBTI deve ser reconhecido e protegido como medida da mais salutar justiça.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. Malheiros Editores. São Paulo. 2011.

⁹ DIREITO HOMOAFETIVO: consolidando conquistas. Disponível em <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=2&s=3&p=2#t>>. Acesso em 28 out 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181819>

01.pdf>. Acesso em 27 out 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 889.852. Recorrente: Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: L M B G. Min. Rel: Luis Felipe Salomão. Pleno: 06/10/2006. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_889852_RS_1288288691436.pdf?Signature=qUelUQa8tcgVnFx7HXxMp9AsMf8%3D&Expires=1433820498&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=0414de325e710157a086affad0517301>. Acesso em: 05 nov. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 out 2016.

_____. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 846.102. Recorrente: Ministério Público do estado do Paraná. Recorridos: A. L. M. dos R. e DIH. Min. Rel: Carmén Lucia. Pleno: 05/03/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ES-C L A % 2 E + E + 8 4 6 1 0 2 % 2 E N U M E % 2 E % 2 9 + N A O + S % 2 E - PRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ppve7b5>>. Acesso em: 28 out. 2016.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; DE OLIVEIRA, Thales Cezar. Estatuto da Criança e do Adolescente. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Direito das Famílias. 3ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. União Homossexual: O Preconceito e a Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 01 nov. 2015.

_____. A Família Homoaetiva. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/44_-_a_fam%EDlia_homoaetiva.pdf> Acesso em 25 out. 2016.

FARIAS, Mariana de Oliveira. Adoção por Homossexuais: concepção de psicólogos

judiciários. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Psicologia do Desenvolvimento e Aprendizagem, Universidade Estadual Paulista, 2007.

_____; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. Adoção por Homossexuais: a Família Homoparental sob o Olhar da Psicologia Jurídica. Curitiba: Juruá, 2009.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. Uniões Homossexuais: Efeitos Jurídicos. São Paulo: Método, 2004.

FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. Adoção para Homossexuais. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2005.

SENADO. A Adoção Feita por Homossexuais: Batalhas e Vitórias Legais. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/relatos-reais-sobre-adocao/-a-adocao-feita-por-homossexuais-batalhas-e-vitorias-legais.aspx>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

DISCRIMINAÇÃO SEXUAL NA DOAÇÃO SANGÜÍNEA POR HOMENS HOMOSSEXUAIS

Gabriela de Carvalho A. Lopes¹

Isadora Machado Pereira²

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo discutir a discriminação sexual nas regras da doação sanguínea para homens homossexuais, observando a realidade fática em que está inserida e os preceitos constitucionais vigentes, com foco no direito a igualdade. Assim, torna-se relevante pela constatação da perpetuação de preconceitos historicamente instituídos, pois constata-se que, as regras que não trazem modificação no mecanismo de emancipação dos grupos minoritários e em sua livre mobilidade na pirâmide social, sem a devida comprovação de incremento de risco, se tornam, nesse passo, discriminação negativa e, portanto, são inconstitucionais.

Palavras-chave: Doação sanguínea; homens homossexuais; proibição ; princípio da igualdade; inconstitucionalidade

ABSTRACT: This paper aims to discuss gender discrimination in the rules for blood donation for gay men, noting the objective reality in which it operates and the existing constitutional provisions, focusing on the right to equality. Thus, it is relevant for finding the perpetuation of historically prejudices. The rules that do not bring change in the emancipation mechanism of minority groups and its free mobility in the social pyramid, without proper evidence risk augmentation, becoming the, negative discrimination and, therefore, unconstitutional.

Keywords: Blood donation; homosexual men; prohibition; equality principle; unconstitutionality

1. A homoafetividade como gramática social atual

O amor é hoje o objeto de desejo de muitos, profilaxia para a sociedade, solução para os problemas do mundo. Porém quando se trata de homossexualidade, o amor entre iguais, muitos só enxergam o que a turbidez do preconceito define, a promiscuidade.

Desde os tempos das cavernas há registro de relações homoafetivas entre humanos chegando até a Idade Antiga, na Grécia, como algo recorrente, aceito e incentivado na sociedade (TONIETTE, 2006). Com efeito, a homofobia nasceu na Europa Medieval e estigmatizou o ideal da heterossexualidade. Igreja e Estado passaram então perpetuar a discriminação daqueles que possuíam relações diferentes do

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. (lopes.gabrielac@yahoo.com.br)

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. (isadoramape@hotmail.com) e membro do grupo de estudos em direito constitucional ABDConst.

padrão estabelecido por essas instituições. (TONIETTE, 2006).

Historicamente, o preconceito contra homossexuais ganhou força, em meados dos anos 80, por decorrência da epidemia de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) que surgiu de forma abrupta e se disseminou espantavelmente. Sem saber ao certo da doença, esta foi nomeada de GRID (Gay Related Immunodeficiency) (TERTO JR, 2002). Desde então as relações homossexuais se tornaram ainda mais discriminadas, sinônimo de doença, perversão, promiscuidade e HIV (vírus que gera a AIDS).

Com o passar do tempo e da evolução social, o olhar sobre a homossexualidade vem se transformando. A diversidade sexual tem conquistado nos mais diversos ordenamentos, direitos e espaço. Porém não se trata de uma ascensão positiva irrestrita: o Brasil vive atualmente um movimento paradigmático em relação aos direitos humanos da população de transexuais, travestis, lésbicas, bissexuais e gays - LGBT. As discriminações, mesmo que não violentas fisicamente, são violências morais e psicológicas contra indivíduos e se caracterizam pela rejeição social, ódio ao diverso, a então homofobia. Contudo, muito ainda há de ser feito para que a igualdade seja estabelecida entre homossexuais e heterossexuais, tendo em vista que se trata de um paradigma secular, urge que fatos como o recente ataque a boate gay em Orlando³, deixem de ser vistos como um crime banal.

Outrossim, os dados são incontroversos. O Brasil registra o maior número de mortes no cenário mundial em violência transfóbica, e a expectativa de vida desse grupo é de cerca de 30 anos⁴, muito abaixo daquela apontada para o brasileiro médio, de quase 75 anos⁵. Nesse diapasão, Rios (2004, p.184) observa que:

Constituiu-se, a partir de uma lógica reativa e discriminatória, a distinção entre o “aidético intrinsecamente homossexual” e o “heterossexual saudável” ou, quando muito, entre o “aidético intrinsecamente homossexual” e o “heterossexual aidético vitimizado pelo ‘aidético genuíno, homossexual”.

Conquanto e por óbvias informações errôneas e preconceituosas oprimiram ainda mais o grupo homossexual a partir dessa visão de mundo comum a uma maioria instituidora das normas, práticas sociais, religiosas e jurídicas contrárias à homossexualidade. Entretanto, oposto ao racional, essa ideia ainda persiste, apesar da AIDS ser uma doença que afeta a todos, independentemente de orientação sexual, podendo ser transmitida por outras vias além da sexual.

³ Ataque em boate gay deixa 50 mortos em Orlando, nos EUA. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/policia-diz-que-ataque-em-boate-nos-eua-deixou-50-mortos.html>>. Acesso em: 28 de julho de 2016.

⁴ Secretaria Especial de Direitos Humanos. RELATÓRIO SOBRE VIOLÊNCIA HOMOFÓBICA NO BRASIL: ANO DE 2012. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>. Acesso em: 28 de julho de 2016.

⁵ Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2014/12/expectativa-de-vida-dos-brasileiros-sobre-74-9-anos-de-acordo-com-ibge>>. Acesso em: 28 de julho de 2016.

Foi assim que, ao se descobrir que uma das formas de transmissão do HIV era através de transfusões de sangue, o controle dos procedimentos hemoterápicos passou a ser uma das principais preocupações dos Estados na luta contra a AIDS. Seguindo essa ideia é que o Brasil em 1993 editou pela primeira vez a proibição da doação de sangue por homens homossexuais (Portaria n° 1366/1993-MS). Porquanto a complexa relação entre homossexualidade, até então grupo culpado pela disseminação da doença, e as políticas de saúde se instala na falta de iniciativa de campanhas de conscientização ou orientações voltadas a esse público específico. Atualmente, as pesquisas e tratamentos evoluíram muito, a doença se encontra em declínio no país, segundo os dados do boletim epidemiológico da AIDS⁶. Todavia, a discriminação no Brasil é perceptível, por exemplo, nas regras impostas aos homossexuais homens que assim se identificam na doação de sangue. Mesmo com a modificação do contexto, das pesquisas e do comportamento as restrições aos homossexuais permanecem. Nesse sentido, a Portaria n. 158/2016-MS e o RDC n. 34/2014-ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária):

PORTARIA N. 158/2016 – MINISTÉRIO DA SAÚDE

Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: [...] IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes;

RDC N. 43/2014 – ANVISA

Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente [...]

XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se:

d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes.

Mediante o exposto, vê-se nítida a restrição, ainda que em lei temporária, da cidadania, afinal a doação de sangue é um ato altruísta, gratuito e generoso. Faticamente, mesmo que o possível doador homem homossexual tenha uma atividade sexual mínima, use métodos de proteção e ou esteja em uma relação monogâmica a considerável período de tempo, nada disso é analisado.

No Brasil, se gasta dinheiro público com propagandas de incentivo a doação de sangue, uma vez que estudos sobre a sua escassez motivaram as instituições a implementar estratégias de marketing (LUDWIG, 2005). Apenas 1,9% da população

⁶ Boletim Epidemiológico da AIDS – Ministério da Saúde. Tabela 12- *Taxa de detecção (por 100.000 hab.) de casos de aids notificados segundo sexo e faixa etária por ano de diagnóstico*. Brasil, 2002-2014, p.31

brasileira doa sangue regularmente⁷, e o país vive em constante carência de sangue. Segundo a ONU (Organização Das Nações Unidas) o ideal seria que 3 a 5% da população fosse doador, e para atingir o mínimo seria necessário que o Brasil dobrasse em número de doações sanguíneas.

De acordo com o IBGE, cerca de 10,5 milhões de brasileiros são homo ou bissexuais e cada homem pode doar até quatro vezes por ano e salvar com cada doação até quatro vidas⁸. Assim, as restrições em função das normas antes apresentadas geram o desperdício de 18,9 milhões de litros de sangue por ano de possíveis doadores homossexuais. Deste modo vê-se que essa restrição é injusta não só para com aqueles descriminalizados, mas também para toda uma sociedade que necessita, e muito, destas doações. Como pensa Rocha (2003, p.24) *“estamos reunidos para formar uma sociedade livre, justa e solidária. São objetivos específicos da República Federativa do Brasil”*.

A portaria do Ministério da Saúde ao contrário disto, restringe um ato de solidariedade intimamente ligado a cidadania, dificulta a efetivação dos princípios e objetivos do Estado brasileiro. Portanto, vê-se que as normas questionadas acima violam, como se demonstrará a seguir, os seguintes preceitos constitucionais: a) dignidade da pessoa humana, (art. 1º, III); b) direito fundamental à igualdade (art. 5º, caput); c) objetivo fundamental de promover o bem de todos sem discriminações (art. 3º, IV); e d) princípio da proporcionalidade.

2. A discriminação na Portaria 158 do Ministério da Saúde e na Resolução 34/2014 da ANVISA: aspectos normativos, médicos e jurídico

Em tese, os critérios estabelecidos pelo Ministério da Saúde para a transfusão de sangue visam a proteção ao doador e a segurança da saúde de quem recebe evitando a contaminação por doenças. Com esse intuito, foi divulgada a Portaria n. 158/2016-MS que compreende o regulamento técnico para a realização de procedimentos hemoterápicos.

Segundo a instituição, é considerado doador apto aquele que estiver em *“condições clínicas, laboratoriais e epidemiológicas, em conformidade com os critérios de aceitação vigentes para doação de sangue”*. Ainda segundo o órgão, a proibição de doação de sangue aos homens homossexuais que tiveram parceiros nos últimos 12 meses está baseada em três aspectos: na janela imunológica, no comportamento de risco e na prática de sexo anal.

Além de reiterar estigmas histórico-culturais relacionados aos homossexuais, o Ministério da Saúde alega que a decisão se baseia no fato de que a taxa de prevalência de HIV entre homens que fazem sexo com homens é de 10,5%; entre usuários de drogas, de 5,9%; e entre mulheres profissionais do sexo, de 4,9%, destacando-se o

⁷ Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/brasil-desperdica-18-milhoes-de-litros-de-sangue-ao-ano-por-preconceito>>. Acesso em 18/07/2016

⁸ Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2014/07/saiba-mais-sobre-doacao-de-sangue-e-ajude-a-salvar-vidas>>. Acesso em 30/05/2016

⁹ Portaria 158 do Ministério da Saúde, 2016. Disponível em: <<http://www.hemope.pe.gov.br/pdf/30-06-2016-09-portaria-n-158-de-04-de-fevereiro-de-2016.pdf>>. Acesso em: 19/09/2016

grupo de homossexuais quando comparada a proporção com relação à população em geral, na qual o índice de HIV seria de apenas 0,4%, conforme Boletim Epidemiológico HIV/Aids, publicado em 2014.¹⁰

Um dos primeiros focos de discussão acerca da transmissão do HIV pela transfusão sanguínea é a “janela imunológica”, que consiste no período de tempo compreendido entre a exposição ao agente infeccioso, a reação e a detecção deste nos exames laboratoriais.¹¹ No entanto, é fundamental observar que o aspecto da janela imunológica é estritamente biológico e não constitui em si incremento de risco para tal proibição. Isso porque, seres humanos, independente de gênero, sexo e orientação sexual, possuem janela imunológica.

Outro argumento utilizado pela instituição está no risco de que, ainda que feitos os exames, exista uma possibilidade de não detecção do vírus, e, por isso manter a proibição de certos “grupos de risco”. Por algum tempo, vigorou a ideia de que homens homossexuais estariam incluídos em um grupo de risco. Ideia esta carregada de valoração preconceituosa, generalizando que todos os homossexuais seriam portadores do vírus HIV.

Atualmente, o conceito de grupo foi alterado para “comportamento de risco”¹². Observa-se o em situações em que os indivíduos estariam mais expostos a determinado tipo de doenças e infecções, o que configura situação acrescida de perigo, como a prática de relações sexuais sem o uso do preservativo, especificamente a anal, uso de drogas injetáveis, prostituição etc. Em combate a esse tipo de generalização com relação aos homossexuais, o Conselho Federal da OAB, em manifestação como *amicus curiae* na ADI 5543/DF:

A primeira falha do critério de generalização eleito pela regra: não é a relação homossexual entre homens que incrementa o risco de transmissão de HIV, mas o sexo anal. É esta prática que amplia em 18 vezes o risco de transmissão de HIV, seja praticada entre homossexuais ou heterossexuais.

Outrossim, o Ministério da Saúde ao considerar todo homossexual que tenha tido prática sexual nos últimos 12 meses como indivíduo praticante do comportamento de risco, antes de qualquer triagem, consiste em corroborar com o preconceito. Também a previsão do artigo 64 da II, da Portaria 158, já prevê a restrição dos comportamentos de risco. Assim, a restrição imposta ao homossexual torna-se ilógica juridicamente.

¹⁰ Boletim Epidemiológico da AIDS – Ministério da Saúde. Tabela 12- *Taxa de detecção (por 100.000 hab.) de casos de aids notificados segundo sexo e faixa etária por ano de diagnóstico*. Brasil, 2002-2014, p.31. Disponível em: http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/publicacao/2014/56677/boletim_2014_fi-nal_pdf_15565.pdf. Acesso em 01/10/2016.

¹¹ Informativo sobre AIDS pelo Ministério da Saúde, 2014. Disponível em <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/links-de-interesse/286-aids/9047-quanto-tempo-depois-de-se-passar-por-uma-situacao-de-risco-de-se-infecar-pelo-virus-hiv-deve-se-fazer-o-exame-para-ter-um-resultado-confiavel-janela-imunologica>>. Acesso em 18/09/2016.

¹² Idem.

Nesse sentido, é fundamental observar que se a prática de sexo anal, assim como a janela imunológica e o comportamento de risco, constituem aspectos que não se limitam aos homossexuais. Portanto, não constitui fator que amplia risco apenas para tal grupo. Assim a questão que se coloca é: o critério eleito é adequado para alcançar a finalidade almejada, de modo a justificar o tratamento desigual aos homossexuais? Conclui acertadamente o Conselho Federal da OAB que:

Tomar como elemento de discriminação a relação sexual entre homens, e generalizá-la na regra impeditiva da doação de sangue, não converge com a justificação da regra. Contraditoriamente, tal impedimento reflete uma concepção ainda arraigada em uma sociedade de cultura religiosa e patriarcal que, de um lado, supõe não haver a prática de sexo anal entre heterossexuais; de outro, vale-se desse critério de forma distorcida para obstar que um grupo socialmente reprimido possa tomar parte nas doações de sangue.¹³

A tendência ao reconhecimento dessa discriminação é mundial, e já teve início com países como a Argentina, Chile e Espanha que, entre 2005 e 2015, retiraram de seus ordenamentos a proibição a doação sanguínea por homossexuais. No Brasil, essa tendência se percebe por pela presença de campanhas como a Wasted Blood¹⁴ e a Igualdade na Veia que promovem um debate acerca da discriminação das regras impostas aos homossexuais na doação de sangue.

Tais também deram início ao movimento para que fosse impetrada a ADI 554/DF¹⁵, proposta pelo PSB (Partido Socialista Brasileiro) frente ao Supremo Tribunal Federal, que também foi apoiada Pela Defensoria Pública da União e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.¹⁶

3. A inconstitucionalidade da proibição normativa

Começando pela igualdade que, segundo Sanchís (2000), é um conceito valorativo que deve ser guiado pela racionalidade e proporcionalidade, e para atingir a

¹³ Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – Procuradoria Constitucional . Amicus Curiae ADI 5543/DF. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-oab-doacao-sangue-gay.pdf>>. Acesso em 01/10/2016

¹⁴ Diversas campanhas têm sido feitas para a manifestação e conscientização com relação à transfusão sanguínea por homossexuais, como a Wasted Blood, que alerta para a quantidade de “sangue e vidas desperdiçadas por preconceito e homofobia.”. Disponível em: <http://www.wastedblood.com.br/>>.

¹⁵ Sobre a ADI, o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Edson Fachin, tentando abreviar o trâmite desta ação, transformou o pedido de liminar em decisão de mérito, assim garantiu dez dias para o Ministério da Saúde e a Anvisa se explicarem o porquê da restrição e outros cinco para a Advocacia Geral da União e a Procuradoria Geral da República se manifestarem sobre o caso. “Sob qualquer ângulo que se olhe para a questão, o correr do tempo mostra-se como um inexorável inimigo. Quer para quem luta por vivificar e vivenciar a promessa constitucional da igualdade, quer por quem luta viver e tanto precisa do olhar solidário do outro”, escreveu o ministro.

¹⁶ Dados extraídos texto da ADI 5543/DF

igualdade material desejada é fundamental reconhecer e compreender a desigualdade fática. Analisá-la em duas vertentes: a formal e a material, a primeira significa tratar as pessoas de forma igualitária, afinal todos são iguais perante a lei (ART 5º, CF), pois de acordo com Aschutz (1871 apud ALEXY, p.402) “as leis devem ser executadas sem considerações pessoais”.

A igualdade material, todavia, leva em consideração outro aspecto das relações sociais: diz respeito ao proceder com os desiguais de forma desigual, como uma espécie de compensação à sua diferença. É necessário que o Estado, enquanto verdadeiramente democrático, garanta que as diferenças dos indivíduos não sejam fatores de perdas de direitos.

O entendimento contemporâneo dos direitos fundamentais é que esses não podem ser analisados e aplicados de forma absoluta assim também acontece com a igualdade. São, pois, direitos que no caso a caso podem ser relativizados, sofrendo restrições que devem ser limitadas e são chamados, pois, dos limites dos limites segundo Mendes (2010), muito disso ocorre na colisão entre direitos fundamentais (GONÇALVES, 2011).

Porém, o que se torna duvidoso é se direitos fundamentais podem ser limitados por atos normativos infraconstitucionais. Pode existir relativização quando a norma não é constitucional e quer limitar um direito fundamental constitucional? Essa relativização é sim possível, todavia é fundamental verificar alguns requisitos de modo a não tornar a norma inconstitucional, sobre isso disserta Gonçalves (2011, p.266) que:

[...] Certo é que a restrição (limitação) não pode ser tal, que ao invés de desenvolver (dar mais efetividade) prejudique o direito fundamental (ou os direitos fundamentais em questão), amesquinhando-o (s) de tal forma (de tal monta) que torne o ato (do legislador ou do administrador) inconstitucional.

É importante salientar que qualquer limitação aos direitos fundamentais tem que respeitar o núcleo essencial destes, ou seja, o que envolve o direito em si, não podendo abalar a dignidade da pessoa humana. Sobre isso Mendes (2010, p. 395) explicita que “*o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais*”.

Com base no exposto, vê-se que esta restrição deve ser expressa de forma clara no texto infraconstitucional, levando-se em questão a segurança jurídica e impedindo o estabelecimento de restrições arbitrárias e aleatórias (MENDES, 2010). Consequente deve a norma ser proporcional, ou seja, a restrição do direito conforme o princípio deve, pois, ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Nesse diapasão a norma limitadora deve ser o meio útil ao fim pretendido, de menor gravidade na restrição, não podendo existir outra medida menos infringível. É necessário também que restrição atinja seu objetivo de modo proporcional à aplicação dos direi-

tos, assim deverá de ser menor peso que os benefícios por ela atingidos. Mello (2015), ao discutir o modo de aplicação de restrições a direitos fundamentais, notadamente sobre o princípio da igualdade, argumenta que existem quatro passos que a norma deve seguir para que a discriminação seja legal e subsista juntamente com o princípio da isonomia, para uma efetivação maior desse princípio.

O primeiro passo é que a diferenciação tem de ser generalizada não atingindo somente um indivíduo, mas indivíduos com características em comum que se distinguem dos demais sujeitos da sociedade. Atenta-se para os critérios de diferenciação, sendo necessário o fundamento racional aplicado, a fim de aprimorar os direitos garantidos, nunca desarrazoadamente, pois deste modo ferirá o princípio da isonomia e passará a ser discriminação negativa (RIOS, 2001). Portanto deve existir uma lógica entre os fatos diferenciais e a distinção estabelecida pela norma jurídica. É permitida a adoção de critérios de diferenciação, mas cumpre verificar se há fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da igualdade fática.

Já o último requisito para que a diferenciação seja legal é que o vínculo da restrição normativa tenha por objetivo efetivar interesses constitucionalmente protegidos. Ela tem de ser infundida de valor relevante ao bem público almejado, ou seja, uma diferenciação positiva afim de dar mais efetividade ao princípio, mas sem o ferir. (MELLO, 2015). Nesse diapasão Gonçalves (2011, p.269) afirma que:

as limitações, em regra, devem ser de cunho geral e abstrato, ou seja, visando abarcar uma constelação de situações e de indivíduos; logo, mostra-se proibido o uso da legislação como forma de criar limitações casuísticas, que gerem discriminações absurdas ou arbitrárias (desarrazoadas).

Nos dispositivos hemoterápicos sobre doação de sangue, a igualdade é ferida explicitamente, gerando a inconstitucionalidade material - aquela que se encontra em contraste com o texto constitucional normativo, no caso o artigo 5º da Carta Magna. Houve, pois, inobservância dos princípios fundamentais quando aos requisitos materiais que devem conter nos atos infraconstitucionais.

A portaria, ao restringir a doação de sangue homossexual, se utiliza de um grupo de indivíduos com comportamentos sexuais semelhantes, embora os heterossexuais pratiquem os mesmos atos diferenciando somente com quem o fazem. Existem óbvias diferenças na orientação sexual, todavia não é adequado dizer que existe lógica abstrata na discriminação legal estabelecida. Entre a diferenciação por orientação sexual, os dados científicos e o contexto atual (MELLO, 2015) não há elementos racionais que embasem a restrição.

Pela necessidade de o objeto de diferenciação ser parte do ser, não cabe, pois, diferenciação sobre aquilo que não se encontra residente sobre a pessoa, situação ou coisa em si. Em vista disso, o sexo não é diferencial e sim com quem se pratica o sexo, não sendo, pois, um fator intrínseco da situação a ser evitada, muito menos risco, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia. Dito isso, percebe-se que não

há pertinência lógica existente em abstrato, mas a discriminação estabelecida conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente. Sobre o assunto Rios (2001, p.153) traz que:

A discriminação por orientação sexual é uma das realidades que mais fortemente resiste e desafia o mandamento constitucional da igualdade. Com efeito, sem que seja vencida tal realidade discriminatória, cidadãos continuarão a ver negligenciados direitos e garantias constitucionais fundamentais, em virtude de preconceito e intolerância. Atitudes fundadas nestas bases não podem subsistir, uma vez que tamanha violência ao princípio isonômico compromete, a um só tempo, a dignidade da pessoa humana e os meios processuais para sua proteção. Impende, portanto, afirmar-se a operatividade do princípio da igualdade diante de diferenciações injustificadas, fundadas na orientação sexual dos sujeitos das relações jurídicas processuais. Se não for assim, preconceito, intolerância e incompreensão permanecerão esvaziando a proteção dos direitos fundamentais, essencial ao Estado Democrático de Direito.

Foi pensando nisso que, o deputado federal do Rio de Janeiro, Jean Wyllys, deu entrada no projeto de lei 6297/2016, que tem por objeto acabar com a restrição na doação sanguínea por homens homossexuais logo na fase da triagem. O projeto visa a utilização de critérios baseados no conhecimento científico, para verificar a aptidão ou não do indivíduo à doação, já que altera a Lei 10.205 de 21 de março de 2001 que *“regulamenta o §4º do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, e dá outras providências”*¹⁷.

4. Conclusão

Pelos argumentos que foram apresentados vê-se que os dispositivos questionados – art. 64 da Portaria n. 158/2016 e art. 25, XXX, ‘d’, da RDC n. 34 – são de fato uma violação aos preceitos constitucionais. Esses são contrários ao fundamento da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à igualdade – enunciados, respectivamente, nos arts. 1º, III e 5º, caput, da Constituição Federal.

As normas que ora se impugnaram violam, também, o objetivo fundamental da República de promover o bem de todos sem qualquer forma de discriminação, previsto no art. 3º, inciso IV, de nossa Carta magna. Como se vê, o poder constituinte originário conferiu especial destaque à impossibilidade de atuação estatal preconceituosa ou discriminatória de qualquer espécie. Inverso a isso os dispositivos citados são efetivos na restrição e discriminação do homem homossexual.

¹⁷ Projeto de lei 6297/2016 de 27/10/2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2113829>>. Acesso em: 30/10/2016;

Além dos fundamentos jurídicos expostos vê-se também que os dispositivos não são razoáveis e violam o princípio constitucional da proporcionalidade afinal, a restrição, de 12 meses aos homens homossexuais, não é o meio menos gravoso. Justificando-se pela segurança da população o governo deixa de salvar várias vidas por ainda persistir, apesar dos movimentos em contrário, no preconceito.

O objetivo desse artigo é mostrar que não existe grupo de risco no atual contexto social, e sim comportamento de risco. Sangue saudável o é independentemente da orientação sexual. Portanto todos os indivíduos sociais devem ter o direito de agir solidariamente, atestar sua cidadania e com igualdade submeter seu sangue aos exames de detecção de doenças, para que, caso verificado saudável, possa ser doado e, então, repassado a quem dele necessitar.

Os artigos questionados são normas diretamente ligadas a Constituição, pois não tem outro dispositivo legal em hierarquia, já que a Lei 10.205 referida no § 4º do art. 199 da CF trata do processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue. Trata-se, pois, de uma violação material direta ao texto constitucional uma vez que age antagonicamente a princípios fundamentais. Apesar de ser uma restrição temporária em lei, na realidade a regulamentação de 12 meses de abstinência sexual fere a razoabilidade e proporcionalidade da norma, não é a medida menos restritiva de direitos fundamentais possível.

Em suma a Portaria n. 158/2016-MS e a RDC n. 34/2014-ANVISA são dispositivos normativos altamente preconceituosos. Eles estigmatizam pessoas ao invés de analisar o comportamento em si, avaliar se pode haver risco na transfusão é verificar se o doador tem cuidado na relação sexual, usa preservativo, tem parceiro sexual fixo, não se utiliza de drogas, não se submeteu a recente cirurgia etc. Além disso, uma das fases da triagem é um questionário, meio insidioso, para verificar a veracidade dos fatos já que é baseado na confiança. Presumir inapto o homossexual fere a dignidade, o direito à diferença e o respeito com que o Estado deve ter para com seus cidadãos. Afinal, a proibição deveria se dar apenas pelo comportamento de risco, não pela opção sexual.

Desta maneira, classificar como inapto o homem homossexual sem analisar o comportamento fático, restringindo todo em qualquer pessoa de forma praticamente absoluta e permanente é agir com preconceito e não segurança. Além das inconstitucionalidades discutidas, tolher o homem homossexual do ato cidadão e solidário de doar sangue é lacerar, punir, castigar e desestimular atos de bondade que não se circunscrevem somente esses que sofrem com o preconceito.

Portanto, levando em conta as peculiaridades fático-jurídicas aplicáveis às situações sob exame, o juízo de ponderação de princípios constitucionais certamente indica que as medidas estabelecidas no art. 64, IV da Portaria n. 158/2016-MS e no art. 25, XXX, da RDC n. 34/2014-ANVISA são absolutamente desarrazoadas e desproporcionais, frente ao regime constitucional vigente no Estado Democrático de Direito brasileiro e contundem a igualdade como também o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ferreira Gullar em seu poema resume muito bem este artigo ao dizer: “Somos todos irmãos/ não porque seja o mesmo sangue/ que no corpo levamos:/ o que é

o mesmo é o modo/ como o derramamos”¹⁸. No final, todos os preconceitos atingem todos.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Editora Malheiros, 2002.

ALVES, Cândice Lisboa. “IGUALDADE E DIFERENÇA: em busca de um conceito constitucional e historicamente situado que promova a inclusão do outro”. In: IV Conpedi Internacional de Montevideo, 2016.

Aschutz, Gerhard. Die Verfassung des deutschen reiches. Art. 9. Amn, 1, p.523, apud: ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Editora Malheiros, 2002.

AYRES, José Ricardo C.M. et al. “Aids, vulnerabilidade e prevenção”. Rio de Janeiro, ABIA/IMS-UERJ, II Seminário Saúde Reprodutiva em Tempos de Aids, 1997.

Boletim Epidemiológico da AIDS – Ministério da Saúde. Tabela 12-Taxa de detecção (por 100.000 hab.) de casos de aids notificados segundo sexo e faixa etária por ano de diagnóstico. Brasil, 2002-2014. Disponível em: < http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/publicacao/2014/56677/boletim_2014_final_pdf_15565.pdf>, 01 out. 2016.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. “Direito Constitucional Didático”. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CIDH, Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos no Brasil, Cap IX, A OEA/Ser.I/V/ii.97. Doc. 29, ver. 1, 29 set. 1997.

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – Procuradoria Constitucional . Amicus Curiae ADI 5543/DF. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-oab-doacao-sangue-gay.pdf>>, 01 out. 2016.

GONÇALVES, Bernardo Fernandes. “Curso de Direito Constitucional”. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 3.ed, 2011.

GULLAR, Ferreira Gullar. “Nós, latino-americanos somos todos....”. Pensador. Disponível em: <<http://pensador.uol.com.br/frase/MTQ5MjY5OQ/>>, 15 de set. 2016.

Homossexuais não podem doar sangue no Brasil?. Notícia disponível em: <<http://pragmatismo.jusbrasil.com.br/noticias/129525650/homossexuais-nao-podem-doar-sangue-no-brasil>>, 20 set. 2016.

Informativo sobre AIDS pelo Ministério da Saúde, 2014. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/links-de-interesse/286-aids/9047-quanto-tem>>

¹⁸ GULLAR, Ferreira Gullar. Nós, latino-americanos somos todos.... Disponível em: <http://pensador.uol.com.br/frase/MTQ5MjY5OQ/>

po-depois-de-se-passar-por-uma-situacao-de-risco-de-se-infectar-pelo-virus-hiv-de-ve-se-fazer-o-exame-para-ter-um-resultado-confiavel-janela-imunologica>, 18 set. 2016.

LUDWIG, Silvia Terra Ludwig. RODRIGUES, Alziro César de Moraes. "Doação de sangue: uma visão de marketing", Cad. Saúde Pública. Rio de Janeiro, 2005.

MAIA, Luciano Mariz. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. A Proteção Das Minorias No Direito Brasileiro, Seminário Internacional – As Minorias e o Direito. Série Cadernos do CEJ, 24, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "O Conteúdo Jurídico Do Princípio Da Igualdade", 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. "Curso de direito constitucional", 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

Portal Brasil. <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2014/12/expectativa-de-vida-dos-brasileiros-sobe-para-74-9-anos-de-acordo-com-ibge>>, 19 set. 2016.

Portaria 158 do Ministério da Saúde, 2016. Disponível em: <<http://www.hemope.gov.br/pdf/30-06-2016/09-portaria-n--158--de-04-de-fevereiro-de-2016.pdf>>, 30 set. 2016.

Revista Superinteressante. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/brasil-desperdica-18-milhoes-de-litros-de-sangue-ao-ano-por-preconceito>>, 18 jul. 2016.

RIOS, Roger Raupp. "Soropositividade, Homossexualidade e Direitos Sexuais". Revista Homossexualidade: PRODUÇÃO CULTURAL, CIDADANIA E SAÚDE. Rio de Janeiro: ABIA, 2004.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. "Ações afirmativas: O conteúdo democrático do princípio da Igualdade Jurídica", a. 33 n. 131. Brasília, 1996.

SCHAUER, Frederick. "Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana". Tradução Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Barcelona: Marcial Pons, 2004.

Secretaria Especial De Direitos Humanos Ministério Da Justiça E Cidadania. <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>, 30 out. 2016.

TERTO JR., Veriano. "Homossexualidade e saúde: desafios para a terceira década de epidemia de HIV/AIDS", Horizontes Antropológicos. vol.8 nº17. Porto Alegre: ABIA, 2002.

TONIETTE, Marcelo Augusto. "Um breve olhar histórico sobre a homossexuali-

dade'', Revista Brasileira de Sexualidade Humana, volume 17, nº1. São Paulo: Iglu, 2006.

LGBTFOBIA E JUSTIÇA RESTAURATIVA

Júlio Emílio Cavalcanti Paschoal¹

RESUMO: A partir desse trabalho, visa-se, à luz da Criminologia Crítica, a tecer considerações relevantes sobre o papel do direito penal na luta por uma sociedade mais inclusiva. Nessa ótica, busca-se, inicialmente, demonstrar como o princípio de *ultima ratio* desse ramo jurídico é mitigado. Aponta-se, também, as implicações de utilizar-se e fortalecer um ramo, em moldes neoliberais de atuação, que marginaliza indivíduos e não cumpre as funções prometidas. Após tais considerações, faz-se necessário reconhecer algumas peculiaridades de grande parte dos conflitos lgbtfóbicos para, a partir de então, avançar na discussão sobre quais as possibilidades alternativas e, possivelmente, mais efetivas de solução. Nesse diapasão, a Justiça Restaurativa é colocada como horizonte possível e merece uma análise aprofundada.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa; LGBTFobia; Criminologia Crítica.

ABSTRACT: In this paper we intend to consider, through the employment of Critical Criminology, the role of criminal law in the struggle for a more inclusive society. We attempt to demonstrate, initially, how the principle of *ultima ratio* in this branch of Law is mitigated. We point, furthermore, to the implications of using and strengthening a branch that, in neoliberal procedural frameworks, marginalizes and does not fulfill its intended functions. After such considerations, it is necessary to acknowledge some peculiarities of a great deal of LGBT-phobic conflicts in order to advance the discussion on alternative and, possibly, more effective possibilities of resolution. At this crossroads, Restorative Justice is reflected upon as a possible horizon worthy of a more thorough analysis.

Keywords: Restorative Justice, LGBT-phobia, Critical Criminology.

1. Introdução

A padronização de respostas rígidas dada pelo direito penal é uma tendência que compromete a busca pela justiça. O movimento de política criminal estadunidense de lei e ordem dos anos 60 fortemente influencia, até os dias atuais, o Poder Legislativo brasileiro a atribuir duras penas aos mais variados tipos de crime. A Lei de Crimes Hediondos, por exemplo, corresponde a anseios punitivistas da década de 90, mas não necessariamente reduziu o número da prática de delitos ali enumerados (LOPES, 2002).

Nessa senda, além da falsa percepção de que punir todos os casos mais rigorosamente reduz a criminalidade, há também quem acredite que tipificar mais con-

¹ Graduando em Direito pela UFPE, integrante do grupo Asa Branca de Criminologia Crítica e bolsista da extensão Refazendo o direito: teoria crítica, direito e lutas feministas e LGBTT em Pernambuco. E-mail: juliopaschoal123@gmail.com

dutas é um caminho viável para a Justiça Criminal. No entanto, em tratando-se de grupos historicamente oprimidos, faz-se mister atentar para o fato de que, para ter o direito penal como um aliado na proteção de minorias, não se deve ignorar as contradições reproduzidas por essa parceria perversa.

A título de exemplo, a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), de acordo com alguns estudos criminológico-críticos, pode provocar grandes insatisfações às mulheres que acreditam plenamente no direito penal como aliado, já que estas não contam com nenhum procedimento alternativo conciliatório, dialogal e restaurador (ROSENBLATT; MELLO, 2015, p. 99) e permanecem insatisfeitas e sem compreender que a busca por emancipação é incompatível apenas pelo caminho do direito penal.

Ainda assim, possuímos no Brasil um terreno fértil para a implementação de políticas criminais encarceradoras que “neotipificam” condutas ligadas à violência contra minorias. Isso porque os índices de crimes cometidos contra a população marginalizada são alarmantes, principalmente no tocante à população LGBT: o Grupo Gay da Bahia (GGB) estima que, em 2015, 318 lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais foram mortos por motivação de crime de ódio - ou seja, um LGBT morto a cada 27 horas simplesmente pela expressão de um padrão de vida destoante do heteronormativo (2016).

Os anseios por uma resposta rápida, portanto, são imensos. Todavia, visando a não repetir os mesmos equívocos pela Lei Maria da Penha aqui pontuados, buscando atender a uma demanda tão urgente quanto à feminista e objetivando tratar casos de LGBTfobia com a peculiaridade que merecem, é imprescindível realizar um balanço da possibilidade de criminalização desse tipo de violência.

Em sintonia com parte expressiva do movimento de vítimas, o qual, atualmente, vive a fase de retorno ao protagonismo do ofendido na resolução de conflitos, discute-se bastante sobre a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa em diversas ocasiões. Este artigo tem como objetivo tecer considerações iniciais sobre essa viabilidade e apontar caminhos os quais fujam das armadilhas sedutoras de um sistema falido, perverso e que é, contudo, fortalecido cotidianamente.

2. Criminalização da LGBTfobia

De acordo com Clara Moura Masiero (2014, p. 109), através da emergência do Estado intervencionista (o qual rompe com o modelo de Estado liberal pré-crise de 1929), consolidou-se um novo modelo de Estado: o Social de Direito. Em decorrência desta tendência do papel estatal, uma nova concepção acerca do Direito, chamada de Direito Regulativo, também passou a existir. A partir desta ótica, espera-se que haja uma utilização do Direito com fins de realizações políticas. Em outras palavras: a regulação de problemas e conflitos sociais cotidianos através do Direito é o seu principal escopo.

O avalanche de novas normas penais vem permeando a política legislativa brasileira, sobretudo nos últimos trinta anos. O movimento de lei e ordem possuiu uma perceptível influência no Brasil. Desde a década de 80, foram aprovadas as leis de colarinho branco, de preconceito racial, de prisão temporária, o código de defesa

do consumidor, a lei dos crimes contra a ordem tributária, dos crimes contra a ordem econômica, do crime organizado, do transplante de órgãos, de tortura, o Código de trânsito brasileiro, a lei dos crimes ambientais, da lavagem de dinheiro etc. (MELLO, 2015, p. 68).

O clima de insegurança somado a uma postura que espera do Direito a resolução de males estruturais da sociedade é um terreno fértil para a aprovação de medidas recrudescedoras do sistema carcerário e para a reiteração da ideia que os movimentos sociais devem contar irrestritamente com o direito penal. Pois, as demandas por segurança, a partir desse viés, têm como destinatário principal este ramo do Direito.

É inegável que os dados sobre a violência homofóbica (contra a vida, contra a integridade física, contra a liberdade sexual), sobretudo extraídos de uma sociedade inserida no contexto de uma cultura punitivista como a brasileira, induzem pensar no instrumento mais radical (direito penal) como alternativa destas pessoas e grupos vulneráveis. (SALO, 2012, p. 206).

Contudo, o que parece ser ignorado na discussão é um dos princípios basilares desse ramo jurídico: o princípio da intervenção mínima (ou *ultima ratio*), que limita a atuação estatal perante a tipificação de novas condutas. Sendo assim, o direito penal só deverá ser evocado se for um meio necessário para proteção de algum bem jurídico específico e, havendo outras formas de atuação por outros ramos do Direito, a criminalização não é recomendável (BITENCOURT, 2011, p. 43).

Além do inchaço do aparato normativo, há de se ponderar a respeito das funções prometidas pelo ordenamento jurídico criminal. De acordo com Salo de Carvalho (2012), a Criminologia Crítica foi capaz de demonstrar que a criminalização, por si, não é capaz de reduzir as violências. Para além dessa incapacidade, o Direito dogmático não consegue se desvencilhar da seletividade penal. É que a lupa incidente sobre as condutas relevantes para o ordenamento jurídico tende a incidir sempre sobre as mesmas pessoas, a saber as marginalizadas historicamente (negros e negras, imigrantes, pessoas em situação de rua, manifestantes, LGBT's etc.).

Ademais, na prática, a seletividade, acredita Vera Regina Pereira de Andrade (2009) é operacionalizada pelo Direito dogmático. Segundo a criminóloga-crítica, ao passo que há uma subprodução de proteção às garantias constitucionais pelo direito penal, há um cumprimento demasiado da função instrumental da criminalização seletiva e da legitimação do sistema penal, os quais são racionalizados na lógica deste. Isso contribui, de acordo com a Professora, para uma ocultação dos efeitos de seletividade, já que, por haver um cumprimento ínfimo de garantismo e, em contrapartida, um cumprimento da seletividade em proporções muito mais severas e preocupantes, há a ilusão da concretização da promessa de segurança e, em realidade, um acirramento da desigualdade de distribuição da riqueza e do poder. Assim, é nessa lógica que opera o sistema penal, pois a eficácia instrumental invertida é regra e é blindada pela forma de legalidade no Estado Democrático de Direito.

Ao pressupor que o Direito não está realizando o seu trabalho de punir, prevenir delitos e garantir a proteção de bens jurídicos, mas que ainda possui uma função simbólica na capacidade de moldar comportamentos desejáveis e repugnar os indesejáveis, deposita-se nesta função a falsa esperança de que o sistema ainda funciona eficazmente de alguma maneira, contudo, concomitantemente, oculta-se a função instrumentalizante da seletividade como regra básica de funcionamento.

Outrossim,

O controle penal capitalista, que a dogmática se propõe a racionalizar, em nome dos Direitos Humanos e da segurança jurídica exigidos pelo Estado de Direito e o Direito penal liberal, é o mesmo controle que ela utiliza para operacionalizar e legitimar, mesmo que opere seletivamente e viole, sistematicamente, os Direitos Humanos, configurando um suporte importante na manutenção da desigual distribuição da riqueza e do poder. (ANDRADE, p. 180, 2009).

Nessa ótica, a relação do direito penal com os Direitos Humanos torna-se ambivalente. Pois, visa-se à proteção dos direitos humanos a partir da expansão do rol de condutas tipificáveis, ou seja, há uma utilização de Direitos Humanos que, ao mesmo tempo, tutela e infringe outros Direitos Humanos (MASIERO, 2014, p. 118). É que, com a expansão do sistema penal, há também mais espaço para as arbitrariedades do seletivismo do Estado - e uma consequente marginalização de indivíduos -, perpetuação das condições degradantes das prisões e um acentuamento da discrepância da desigualdade material e de poder entre pessoas de diferentes estratos.

Como depositar, então, as esperanças da redução de delitos tão diversificados, os quais exigem estratégias complexas e abstratas, em uma mesma resposta? A estrutura da criminalização não é capaz de comportar a diversidade da vida social e o nível de complexidade dos conflitos entre as pessoas, dada às respostas padronizadas e as quais priorizam o afastamento e neutralização do indivíduo. Por conseguinte, o Direito brasileiro, atualmente, não é capaz de reconhecer, nos conflitos do âmbito da violência doméstica contra a mulher, que a reação do ordenamento jurídico e aplicação da lei ignoram que trata-se de um problema entre pessoas conhecidas, as quais possuem laços afetivos e as quais voltarão a morar na mesma casa ou conviver por causa dos filhos (ROSENBLATT; MELLO, 2015, p. 101).

Os avanços alcançados pela Lei Maria da Penha, muito embora às críticas realizadas, aos olhos de Salo de Carvalho (2012, p. 203), dizem respeito ao fato de que a lei reconheceu a multidisciplinariedade desse tipo de conflito, permitindo a criação de um sistema processual autônomo que não pode ser interpretado dentro das categorias ortodoxas da dogmática jurídica. Esses conflitos não conseguem ser classificados como apenas 'penais' ou 'civis'. Em suma, projetou-se um modelo inédito de solução de conflitos, o qual, diga-se de passagem, ainda é passível de muitos melhoramentos.

3. Pesquisa da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência

“Duas semanas atrás, tive uma discussão em casa e meu pai me agrediu, disse que preferia levar um tiro a ter um filho gay. Minha mãe é evangélica e diz que isso não é coisa de Deus, que o homem nasceu para a mulher. Eu falei que não mudaria, tenho plena consciência de que nasci assim. O único jeito de mudar seria morrendo.” Denner (nome fictício), 23 anos.

“Minha mãe descobriu que eu era lésbica quando pegou meu celular e viu uma troca de mensagens minhas com minha primeira namorada, aos 14 anos. Disse que meu pai, se estivesse vivo, teria muita vergonha de mim. Foi bem difícil, acabei terminando o namoro, e, aos 16, sai de casa por um mês. Quando voltei, ela não tocou mais no assunto, mas, com o tempo, fui mostrando que eu era normal e apresentei minha atual namorada. Elas conversaram, choraram e ficaram amigas. Hoje em dia ela me aceita do jeito que sou”. Camila, 21 anos.

“Quando falei para minha mãe que era gay, ela começou uma confusão dentro de casa. Gritava muito comigo, não aceitava. A discussão aconteceu um dia antes do seu aniversário, e, mesmo assim, eu comprei um presente para ela, que ignorou. Ela fingia que eu não existia e nem olhava na minha cara”. Thiago (nome fictício), 23 anos.

Os excertos acima correspondem a uma matéria do portal recifense NE10 (2016) e convergem para características bastante particulares de muitas violências contra a população LGBT.

Em uma das análises da pesquisa realizada pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência (2011), analisou-se o perfil de conflitos lgbtfóbicos denunciados ao Poder Público em 2011². 6.809 violações de direitos humanos ao grupo foram denunciadas no ano examinado. Averiguou-se que em 61,9% dos casos os suspeitos eram conhecidos da vítima; que em 42,% de todas as violações, os direitos humanos foram infringidos dentro de casa; que as violações mais frequentes eram a de violência psicológica (42,5%), seguida de discriminação (22,3%); que, das violências psicológicas, as mais frequentes foram humilhação (32,3%), hostilização (25,9%), ameaça (20,6%) e injúria/calúnia/difamação (9,7%).

Esses dados comprovam, portanto, que grande parte dos conflitos denunciados ocorreram entre conhecidos, nas casas das próprias vítimas e que a violência psicológica possui grande expressividade na análise. Isso significa que as relações entre agressor e ofendido, em relevante maioria dos casos reportados, pré-existem e muito

² Há também, na pesquisa, um levantamento sobre os casos de LGBTfobia veiculados pela mídia. ou seja, uma pesquisa hemerográfica. Em sua maioria, trata-se de assassinatos e crimes de ódio brutais. Este artigo não visa a propor um caminho alternativo para esses casos, mas faz-se mister elucidar quem é o maior alvo da violência lgbtfóbica no país: as pessoas transexuais e travestis.

possivelmente continuarão a existir.

É inevitável, por conseguinte, aludir a um tipo de perfil muito presente nos casos de violência doméstica contra a mulher. Ora, aponta-se que, no Recife, os crimes com maior incidência na capital são o de ameaça (51,5%) e o de injúria (17,5%) (MELLO, 2015, p. 217). Na maioria desses casos há uma frustração de expectativa de reparação de danos, a falta de diálogo e a impossibilidade de perdão ou de reconciliação (ROSENBLATT; MELLO, 2015, p. 101) e uma consequente insatisfação da mulher. Além disso, há o agravamento da situação desta com a vitimização secundária, que consiste em uma participação limitada às funções de informante no processo, na aflição por desconhecer sobre o andamento do “seu” caso e em não saber sobre seus direitos.

Quer dizer, o Direito Penal trabalha com uma pequena parte da violência, ignorando esta em suas diversas formas e sob os mais variados ângulos. Como resultado, nos conflitos domésticos, em especial os que não apresentam elevada gravidade, a aplicação do Direito Penal, frequentemente em forma de prisão, é quase sempre desastrosa. Com efeito, é nos casos de violência doméstica que a vítima passa a ter a real ideia das consequências negativas da prisão na vida daquele homem, pois é ela, geralmente, a primeira pessoa que vai visitá-lo no sistema prisional. (ROSENBLATT; MELLO, p. 101, 2015).

Nessa senda, faz-se imprescindível ponderar que respostas rígidas e punitivistas podem revitimizar e agravar a situação dos indivíduos já violentados. É preciso pensar em outras possibilidades de resolução de conflitos as quais não tragam encargos e as quais sejam proporcionais a diferentes níveis de gravidade de violação de direitos.

4. Justiça Restaurativa: um horizonte possível?

A Justiça Restaurativa compreende em um conjunto de práticas que preconiza o envolvimento das partes mais inclusivo possível, o qual deve propiciar um elevado grau de participação. Encontros cara-a-cara são realizados, a fim de que todos possam expressar seus sentimentos e partilhar suas opiniões sobre como enfrentar os danos ocasionados pelo crime (ROSENBLATT; MELLO, 2015, p. 104).

Em busca de uma alternativa à rigidez da resposta do sistema, à exclusão dos ofendidos, ao descompromisso com a reparação de danos e ao fortalecimento do direito penal, alguns estudiosos apontam a Justiça Restaurativa como uma saída. As soluções que não necessariamente implicarão em uma pena privativa de liberdade parecem ser algo a ser desejado, caso se vise a aprender com os ensinamentos deixados depois de 10 anos de vigência da Lei Maria da Penha.

Esse novo tipo de justiça coaduna com o movimento de vítimas dos últimos anos. Pois, segundo Fernanda Rosenblatt (2015, p. 87), principalmente na América do Norte e na Europa Ocidental são onde atuam organizações como a Victims' Movement e onde existem muitas experiências de Justiça Restaurativa. Essas organizações buscam lutar contra a neutralização das vítimas e atuam objetivando reformas - a exemplo de ter o direito de ser informada sobre o “seu” processo e de manifestar suas

opiniões e impactos emocionais de maneira relevante.

Dessa maneira, esse protagonismo possui efeitos positivos em contraposição ao que Nils Christie (1977) chamou de “apropriação estatal dos conflitos”. De acordo com este conceito, o Estado, em determinado momento, tomou para si o direito de julgar os conflitos, quando concentrou poderes que legitimaram sua atuação e seu fortalecimento. Ser protagonista na resolução dos casos, portanto, capacita as lésbicas, os gays, os bissexuais e os transexuais a possuírem um papel decisivo na busca por uma solução justa, além de empoderá-los - termo utilizado na Pesquisa da SDH que compreende situações nas quais uma minoria reconhece micropoderes, ressignificando construções identitárias e possibilitando a incidência social (2011, p. 18).

Mark Austin Walters, professor da Universidade de Sussex na Inglaterra e quem trabalha com a interseção entre Justiça Restaurativa e crimes de ódio, acredita que são em casos caracterizados como “conflitos de nível baixo” (e não nos assassinatos brutais) que a Justiça Restaurativa pode ser melhor trabalhada para propiciar uma mudança no comportamento dos ofensores. Ele acredita que o diálogo inclusivo pode ajudar a perceber não apenas o impacto que o discurso de ódio possui em um indivíduo, mas também em notar os efeitos que esse tipo de linguagem tem em outros membros da comunidade (2014, p.5).

Para o Professor, os objetivos deverão ser: explorar o que aconteceu e as motivações de cunho preconceituoso; considerar como a disputa afetou a vida dos participantes; problematizar questões de preconceito que podem ser o ponto central do conflito; e eleger uma resolução aceitável para todos ou para a maioria. Os deveres de cada parte podem incluir pedido de desculpas, promessa de cessar alguma atitude (incluindo discurso de ódio) e, em algumas vezes, estabelecimento de acordo, a fim de evitar uma comunicação belicosa (WALTERS, 2015, p. 10)

De acordo com Walters (2014, p.7), a mediação para esses casos deve tratar tanto dos impactos diretos do preconceito contra a vítima quanto como esta se sente sendo catalogada como “diferente”. Os estereótipos negativos que parcialmente motivam as expressões de ódio tendem a se dispersar a partir do momento em que os participantes reconhecem a humanidade do outro e também o sofrimento causado pelo ato (WALTERS, 2014, p. 6). Ademais, a mediação deve considerar relacionamentos prévios entre as partes através de um processo dialógico facilitado, a fim de ajudar a resolver a questão e permitir a resolução do problema, retornando a um estado físico e psicológico saudável (WALTERS; HOYLE, 2010).

No entanto, reconhece-se que o papel da Justiça Restaurativa tem muito menos a ver com uma reeducação e impacto significativo na visão de mundo internalizada de preconceitos do ofensor, e mais com a reparação de danos, a prevenção de vitimização secundária, a possibilidade de empoderamento do ofendido e a cessão da violência (WALTERS, 2011, p. 18). Não se trata de desacreditar nessa prática, mas de enxergar os limites propostos por esse caminho alternativo e reconhecer que ele não é um fim em si próprio.

A falta de regras definidas, rígidas e imutáveis demonstra uma certa plasticidade na mecânica dessa prática e é uma das grandes vantagens de se trabalhar dessa maneira: a Justiça Restaurativa é moldável a diferentes contextos e situações. No en-

tanto, a prática tem revelado que alguns pressupostos devem ser atendidos para não comprometer a atuação restaurativa e não ocasionar vitimização secundária.

Deve-se ter em mente as já fracassadas experiências “alternativas” nas mecânicas de resolução de conflitos do país. A Lei 9.099/95 representou uma possibilidade, à primeira vista, alternativa ao duro sistema penal. Contudo, o princípio da celeridade dos Juizados Especiais é utilizado cotidianamente para pressionar as partes a firmarem um acordo prematuro e geram grande insatisfação. Nos juizados, também se compromete a participação do ofendido, além de haver a antecipação da pena pelas transações penais e o atropelo de diversas garantias constitucionais. É por isso que afirma a Professora Marília Montenegro (2015, p. 184) que inexistiu uma preparação eficaz dos juízes, promotores ou conciliadores para assumir os papéis decisivos na concretização dos objetivos esboçados para os juizados. Ademais, é inegável reconhecer uma ampliação do poder punitivo do Estado sobre as condutas de menor potencial ofensivo.

Além das outras propostas a um sistema menos rígido, as atuais vivências de Justiça Restaurativa também devem ser analisadas. Um dos grandes entraves da concretização, de acordo com estudos realizados no Reino Unido, é a falta da efetiva disseminação de informação a todos os envolvidos. É que as vítimas devem ser bem informadas dos limites de atuação da prática restaurativa, pois, caso contrário, podem frustrar-se com falsas ou irrealistas expectativas. A informação deve ser perpassada às vítimas em todas as etapas e o contato não deve acabar mesmo após a mediação, já que, dessa maneira, haverá a sensação de que o sistema de justiça está realmente preocupado com o bem-estar do indivíduo. Outrossim, a possibilidade de não querer participar da mediação não deve ser interpretada como desinteresse da vítima no caso nem em um desinteresse em ser informado das etapas. Portanto, o mediador ainda pode e deve oportunizar uma participação indireta entre as partes (HOYLE, 2002). O papel do mediador, por conseguinte, revela-se como essencial a uma implementação da Justiça Restaurativa potencialmente transformadora.

Um outro aspecto merecedor de atenção é o da possibilidade de ampliação do poder punitivo. Pois, situações as quais não pertencem ao sistema criminal tradicional poderão, caso essa prática seja utilizada de maneira desvirtuada, passar a sê-lo. É que há a possibilidade, com a falta de acordo após as mediações ou com o não cumprimento deste, de direcionamento para o sistema criminal comum - ou seja, “infrações leves” recebendo punições que não existiriam caso a Justiça Restaurativa não fosse implementada (ROSENBLATT, 2016, p. 122). É de salutar importância reconhecer que o sistema restaurativo não veio para substituir o atual, a despeito de como ocorre frequentemente. Dessa maneira, haveria apenas uma renovação do que já é realizado perversamente.

5. Considerações finais

Observado que a pena é utilizada como uma manifestação de poder destinada a acirrar as diferenças materiais e sociais entre os indivíduos; que a excepcionalidade da atuação do sistema penal é regra e essência; que a seletividade é instrumenta-

lizada e ocultada pelas funções declaradas; que há uma atuação monopolizadora que pune algumas condutas e as media com pouca ingerência dos atores mais interessados na melhor resolução (KARAM, 1996); e que há um perfil muito peculiar de grande parte de conflitos lgbtfóbicos os quais ensejam soluções através de óticas interdisciplinares, o estudo da viabilidade da Justiça Restaurativa mostra-se fulcral.

Nesse diapasão, algumas perguntas tornam-se urgentes no momento: existe a possibilidade de a Justiça Restaurativa trabalhar com um tipo de violência que ainda não foi reconhecida formalmente pelo Direito dogmático? De que adianta uma comunidade bastante envolvida no processo restaurativo estando a LGBTfobia tão impregnada nas colunas basilares que sustentam a sociedade? Através de que poderes públicos ou instituições deve advir o dever de implementar, fiscalizar e aprimorar o modelo restaurativo e quais as consequências dessa escolha? Como garantir um uso desse novo modelo sem visar à substituição da mecânica tradicional por uma “roupagem” nova? Quais outras estratégias devem ser pensadas para diminuir ou aniquilar esse tipo de violência sob uma ótica interseccional?

As indagações merecem análises ainda mais aprofundadas e é por isso que o trabalho acerca da viabilidade dessa alternativa deve ser fomentado em todo o país. A união entre a prática e a teoria faz-se ainda mais imprescindível, vista a urgência de diminuição da terceira maior população carcerária do mundo e do fato do Brasil ser um dos países mais manchados de sangue e intolerância ao LGBT do mundo.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica: que garantismo é possível do compasso criminologia – penalismo crítico? In: Revista Sequência, nº59, p. 161-192. Florianópolis: Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2011; Priscila Pinto Calaf; Gustavo Carvalho Bernardes; Gabriel dos Santos Rocha (org.) – Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos, 2012. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-2011-1>. Acesso 30 Out 2016.

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.99. São Paulo: RT, 2012.

CHRISTIE, Nils. Los conflictos como pertenencia. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

GRUPO GAY DA BAHIA (GGB). Relatório anual de assassinato de homossexuais de 2015: balanço homofobia. Disponível em www.ggb.org.br. Acesso 30 Out 2016.

HOYLE, Carolyn. Securing Restorative Justice for the 'Non-Participating' Victim. In: HOYLE, Carolyn; YOUNG, Richard (org.), *New Visions of Crime Victims*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2002.

KARAM, Maria Lúcia. A Esquerda Punitiva. In: *Discursos Sediciosos*, n.1, Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996, p. 79-92.

LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista. In: CARVALHO, Salo de, e WUNDERLICH, Alexandre. (org.) *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

MASIERO, Clara Moura. Movimento LGBT e a Homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais. Porto Alegre: Criação Humana, 2014.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Reavan, 2015.

NE10. Conheça histórias de pessoas que sofreram homofobia na família. Disponível em <http://noticias.ne10.uol.com.br/grande-recife/noticia/2016/05/17/conheca-historias-de-pessoas-que-sofreram-homofobia-na-familia-615294.php>. Acesso 30 Out 2016.

ROSENBLATT, Fernanda; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. O uso da Justiça Restaurativa em casos de violência de gênero contra a mulher: potencialidades e riscos. In: OLIVEIRA, Luciano, MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; ROSENBLATT, Fernanda. (org.) *Para além do código de Hamurabi: estudos sociojurídicos*. Recife: ALID, 2015. E-book ISBN 978-85-69409-01-4.

ROSENBLATT, Fernanda. Pesquisa em Justiça Restaurativa. In: PELIZZOLI, Marcelo L. (org.), *Justiça Restaurativa: caminhos da pacificação social*. Caxias do Sul: EducS, 2016, p. 113-128.

ROSENBLATT, Fernanda. Uma Saída Restaurativa Ao Processo de Vitimização Secundária. In: FILHO, Wanderley Rebello, e JUNIOR, Heitor Piedade e KOSOVSKI, Ester. (org.) *Vitimologia na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2015.

WALTERS, Mark Austin. Restorative Approaches to Working with Hate Crime Offenders. In: CHAKRABORTI, Neil; GARLAND, Jon, *Responding to hate crime: The case for connecting policy and research*. Oxford: Policy Press Scholarship Online, 2014. E-book ISBN-13: 9781447308768.

WALTERS, Mark; HOYLE, Carolyn. Exploring the everyday world of hate victimization through community mediation. In: *International Review of Victimology* v.17, p. 7-24, 2011.

WALTERS, Mark; HOYLE, Carolyn. *Healing Harms and Engendering Tolerance*:

the Promise of Restorative Justice for Hate Crime. In: N. Chakraborti, Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions. Cullompton: Willan, 2010.

NEGATIVA DA MASTECTOMIA BILATERAL MASCULINIZADORA PELOS PLANOS DE SAÚDE: VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DOS HOMENS TRANSEXUAIS

Laura Souto Maior Kerstenetzky¹

Resumo: Este trabalho objetiva demonstrar que os/as gestores/as dos planos de saúde precisam observar que a saúde do ser humano não pode ser tratada como um simples objeto de consumo, o qual pode ser comercializada sem levar em consideração o bem-estar individual e social do seu/sua contratante, necessita ser garantida a todos/as sem qualquer tipo de distinção devido à identidade de gênero.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Planos de Saúde, Homens Transexuais.

Abstract: This work aims to show that managers of health plans need to see that people's health should not be treated as a mere object of consumption, which can be marketed without taking into account the individual and social welfare of contractors needs to be guaranteed for all without distinction of any kind due to gender identity.

Keywords: Human Rights; Health insurance; transsexual men.

Introdução

Trata-se, em suma, de um estudo de referencial teórico e legislativo sobre a ilegalidade/inconstitucionalidade da negativa dos planos de saúde em relação às cirurgias plásticas de mastectomia bilateral masculinizadora em homens transexuais.

Assim, inicialmente, de maneira simples e breve, será explanado acerca do conceito de saúde hodierno conforme a Organização Mundial de Saúde (OMS), o Conselho Federal de Medicina (CFM) e a Agência Nacional de Saúde (ANS). Em tal plano, posteriormente, serão definidos termos como “Direito Humanos” e “Direitos Fundamentais” e, além disso, uma rápida explanação sobre a normatividade legislativa do direito fundamental à saúde no âmbito internacional e nacional.

Por último, serão minuciosamente justificados os motivos pelos quais a negativa dos planos de saúde, no que tange ao procedimento cirúrgico de mastectomia bilateral masculinizadora em homens transexuais, trata-se de uma afronta ao princípio constitucional basilar da dignidade da pessoa humana.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Pós-Graduada em Direito Médico e da Saúde pelo Instituto de Magistrados/as do Nordeste – IMN. Recife, Pernambuco, Brasil. E-mail: lauras-mk@hotmail.com

1. Breve histórico e conceito de saúde

A saúde nem sempre recebeu proteção legal, antes de possuir natureza jurídica de Direito Humano e Fundamental, era assegurada e garantida pelos poderes políticos e por estar intimamente ligada à vida humana.

Sendo assim, antes do Século XX não se falava em saúde como direito fundamental, pelo que até então estava associada ao direito à vida, o qual era objeto de proteção, por exemplo, da Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 (EUA) e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (França).

Pelo art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1776) afirma-se que “toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade”.

A saúde, desse modo, só começou a ser tratada em termos universais como direito fundamental após do final da Segunda Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH (1948). Nesse contexto, o art. 25 da DUDH dispõe que a saúde da população está relacionada às condições do meio ambiente, ou seja, à boa alimentação, ao trabalho descente, ao meio ambiente sustentável, horas de lazer, moradia de qualidade, assistência médica de qualidade, etc...

Na esfera nacional, o art. 6º e 196 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 trata da saúde como direito social (segunda geração) e implanta o SUS – Sistema Único de Saúde, que é referência para toda a América Latina e ao Direito Comparado.

De maneira que, de acordo com a CRFB/1988, a saúde e a vida devem ser garantidas através de prestações positivas estatais, isto é, pela efetivação de políticas públicas. Antes disso, no plano jurídico normativo brasileiro, a saúde somente era mencionada como direito do trabalhador (CF/1984) e da criança (CF/1937), sendo sua garantia, posteriormente, vinculada às competências do Poder Legislativo e Executivo Federal (CF/1946),

Já o art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), o qual foi aprovado no Brasil através do Decreto Legislativo nº 266/1991 e promulgado pelo Decreto nº 591/1992 dispõe que: os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”.

Atualmente, a OMS – Organização Mundial de Saúde conceitua a saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de afecções e enfermidades”, de modo que:

Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança, depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.

Por fim, a ANS – Agência Nacional de Saúde define que a saúde suplementar se trata das atividades as quais envolvem a operação de planos privados assistência à saúde sob regulação do Poder Público, de acordo com o art. 197 da CFRB/1988 e a Lei Federal nº 9.656/1998.

2. Direito humano e fundamental à saúde

2.1. Direitos Humanos ou Direitos Fundamentais?

Em primeiro lugar, os Direitos Humanos foram definidos e/ou conceituados, de acordo com o art. 1º da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1776 como aqueles “direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

Ocorre que, hodiernamente, o Brasil é signatário de Convenções Internacionais que tratam a respeito dos Direitos Humanos, como, por exemplo, o Pacto de San José da Costa Rica, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, as quais apesar de não definirem direitos humanos, afirmam várias garantias essenciais aos indivíduos.

Diversificadas leis, declarações, textos jurídicos ou normativos assinados em épocas distintas da história humana possuem, no entanto, algo em comum: são documentos resultantes de disputas encadeadas pelos povos para se libertarem das garras da exploração social, discriminação, preconceitos, violência, opressão social generalizada contra suas particularidades e diversidades socioculturais.

Ainda, os Direitos Humanos e/ou Fundamentais, sob a denominação de Direitos do Homem, “se relacionam com a própria condição de ser homem, independentemente de qualidades como nível social, força física, intelectual e moral, virtude e talentos, pelos quais os homens se diferem entre si” (LÉVINAS, 2005, p. 263).

Pelo que é possível afirmar que os Direitos Humanos são todos aqueles aptos a proporcionar uma vida digna e livre aos seres humanos, sem distinções sociais, sendo assegurados o respeito e a tolerância de uns para com os outros, sejam estes semelhantes ou diferentes nas opiniões e práticas políticas, religiosas ou culturais. E, assim, é legítimo considerar que:

Os direitos humanos podem ser entendidos de diferentes maneiras: provenientes da vontade divina, direitos que já nascem com os indivíduos, direitos emanados do poder do Estado, direitos que são produto da luta de classes. Cada uma dessas concepções representa diferentes momentos da história do pensamento e das sociedades humanas, construindo um conjunto de argumentos de caráter filosófico que passa a justificar a escolha de um elenco de direitos, em detrimento de outros, como “os verdadeiros” e absolutos

Porém, em atenção à abundância de nomenclaturas ou terminologias dadas aos “Direitos Humanos”, tais como: Direitos do Homem, Direitos Naturais e Direitos Fundamentais, alguns doutrinadores afirmam ser impossível que a definição única e exata da expressão ora trabalhada, já que um só conceito seria incapaz de abarcar a diversidade de culturas e costumes das inúmeras sociedades atualmente constituídas. Nessa ótica, os Direitos Humanos surgiram devido à necessidade de fazer essa pluralidade humana ser respeitada ou, no mínimo, tolerada cotidianamente por todos os entes incluídos na sociedade.

Cabe, então, examinar brevemente o embasamento dos Direitos Humanos e/ou Fundamentais, isto é, sua natureza ou razão de ser, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana. Vale lembrar, entretanto, sobre a variação do significado desta expressão quanto aos contextos socioculturais e ao longo dos anos.

Atualmente, é possível dizer que o termo “dignidade” trata-se da característica a qual difere os seres humanos dos demais seres vivos, concebendo a humanidade para cada uma das pessoas inseridas dentro dos diversos grupos sociais. Dessa maneira, garantir a dignidade da pessoa humana é assegurar ao indivíduo uma existência valorada pela liberdade, respeito e igualdade. Não à toa, a dignidade da pessoa humana foi definida como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito pelo art. 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988.

Importa dizer, ainda, que apesar dos Direitos Humanos e/ou Fundamentais resultarem de longas e difíceis conquistas históricas, muitas vezes não são cuidadosamente observados e aplicados, sendo usurpados, negados, ignorados, violados e feridos em diversas esferas do poder público e privado.

Desse modo, não é suficiente que os Direitos Humanos e/ou Fundamentais sejam assegurados nas leis e normas do ordenamento jurídico pátrio ou em Tratados e Convenções Internacionais, fazendo-se extremamente necessária sua efetivação na realidade e cotidiano de cada pessoa individualmente ou dentro de um segmento social. Isto porque, os atentados e restrições ao usufruto desses direitos são atos os quais desviam a possibilidade de estruturação de uma sociedade mais justa e igualitária para todos os indivíduos, indistintamente.

Por hora, faz-se preciso, não obstante, discorrer sobre a diferença entre “Direitos Fundamentais” e “Direitos Humanos”, embora ambos remetam aos valores de maior relevância para a sociedade, quais sejam aqueles destinados a garantir a dignidade da pessoa humana, de modo a suscitar a proteção das pessoas em face de discriminações relativas à cor, raça, etnia, idade, gênero, crença religiosa (ou ausência de), orientação afetivo-sexual, identidade de gênero, etc...

Sendo assim, apesar de na narrativa costumeira, os “Direitos Fundamentais” e os “Direitos Humanos” sejam empregados como vocábulos sinônimos, garantidores, por exemplo, da igualdade e a liberdade dos seres humanos, importa relatar que alguns/mas autores/as buscam particularizá-los, no que concerne ao plano fático em

que são consagrados juridicamente. Para o constitucionalista Bulos (2011, p. 515):

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerantes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive e, em alguns casos, não sobrevive.

Em relação à sua aplicabilidade o autor NOVELINO (2011, p. 383) esclarece que:

Apesar da inexistência de um consenso acerca da diferença em relação aos direitos humanos, a distinção mais usual na doutrina brasileira é no sentido de que ambos, com o objetivo de proteger e promover a dignidade da pessoa humana, contemplam direitos relacionados à liberdade e à igualdade. A positivação desses valores, no entanto, ocorre em planos distintos. Enquanto os direitos humanos se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano internacional), os direitos fundamentais são dos direitos humanos consagrados e positivados da constituição de cada país (plano interno), podendo seu conteúdo e conformação variar de Estado para Estado.

Ainda, no que se refere a essa diferenciação entre “Direitos Humanos” e “Direitos Fundamentais”, o autor Comparato (2001, p. 56) ensina que a doutrina germânica os distinguiu da seguinte maneira:

[...] Estes últimos [direitos fundamentais] são os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.

Portanto, a autora Masson (2013, p. 192) afirma que basicamente os “Direitos Fundamentais” e os “Direitos Humanos” se destoam “apenas no que tange ao plano de sua positivação, sendo os primeiros normas exigíveis no âmbito estatal interno, enquanto os últimos são exigíveis no plano do Direito Internacional”.

2.2. Normatividade Legislativa do Direito Fundamental à Saúde no Brasil

No âmbito nacional, o art. 6º da CRFB/1988 elenca a saúde como direito social, a qual é um “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações para sua promoção, proteção e recuperação”

(art. 196 da CRFB/1988).

Ademais, nos moldes do art. 197 da CRFB/1988, as ações e serviços de saúde são de relevância pública, pelo que devem ser regulamentadas e fiscalizadas pelo Poder Público, no entanto, podem ser executadas diretamente ou por meio de terceiros, pessoa física ou jurídica de direito privado, sendo priorizadas as entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, cujo vínculo será garantido através de contrato de direito público ou convênios (art. 198 da CRFB/1988).

Cabe, ainda, informar que a Lei nº 8.080/1990 prevê a respeito da conjuntura organizacional para a proteção, promoção e recuperação da saúde, estrutura, requisitos e o desempenho das ações e serviços adequados, além de demais medidas ou deliberações essenciais para garantir o bem-estar geral no território nacional.

O cuidado da saúde das pessoas é tarefa que incumbe a todas as esferas do Poder Público, sendo competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios nos termos do art. 23, II da CRFB/1988.

Não obstante, o texto constitucional dispõe sobre a competência legislativa concorrente a respeito da proteção e defesa da saúde, pelo que cabe à União legislar sobre normas gerais, devendo os Estados (art. 24, XII da CRFB/1988) e os Municípios suplementá-las conforme nas necessidades da população local (art. 30, I e II da CRFB/1988).

Não se pode esquecer, nesse diapasão, que a saúde e o bem-estar social encontram-se intimamente ligado a vários outros direitos humanos e fundamentais, quais sejam: educação, lazer, trabalho, segurança pública, moradia, seguridade e assistência social, etc.

Segundo Novelino (2011, p. 852):

Por ser indissociável do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde possui um caráter de fundamentalidade que o inclui, não apenas dentre os direitos fundamentais sociais, mas também no seletivo grupo de direitos que compõem o mínimo existencial.

De acordo com Mendes (2013, p. 41): “a saúde é primeiro e o primordial direito social. Sem saúde não há vida digna, não há trabalho, há apenas resquício de vida. É uma premissa do exercício da cidadania”.

Cabe, nesse sentido, trazer à tona a Política Nacional de Humanização - PNH (2003) a qual possui a função de garantir a aplicação rotineira dos princípios do Sistema Único de Saúde – SUS durante o desempenho das ações e serviços de saúde, objetivando gerar modificações na forma coordenar ou administrar as instituições de saúde e de cuidar ou conduzir os tratamentos médicos dos/as pacientes e, sendo assim, é preciso defender “um SUS que reconhece a diversidade do povo brasileiro e a todos oferece a mesma atenção à saúde, sem distinção de idade, etnia, origem, gênero e orientação sexual”, no sentido de promover a acessibilidade real e cotidiana de toda e qualquer pessoa ao direito à saúde.

Além disso, ainda existe a Carta dos Direitos e Deveres dos/as Usuários/as

da Saúde, que ratifica a legislação supracitada, através da qual todas as pessoas devem ter garantido o direito ao acesso a bens e serviços de saúde, sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação, nos termos dos arts. 2º e 4º da Portaria nº 1.820/2009 do Ministério da Saúde).

Dessa maneira, torna-se importante ressaltar que o dever do Poder Público em promover, garantir e efetivar o direito à saúde não elimina o das famílias, das pessoas, das empresas e da sociedade.

Portanto, com leitura atenciosa do art. 197 e 199 da CRFB/1988 é possível a exploração da área da saúde pela iniciativa privada de maneira complementar ao sistema único de saúde, sendo regulamentada pela Lei nº 9.656/1998, por normativas da Agência Nacional de Saúde (ANS) e resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM).

3. Homens transexuais e a negativa dos planos de saúde em relação ao procedimento cirúrgico de mastectomia bilateral masculinizadora

Inicialmente, cabe destacar que no conjunto tricotômico: corpo, mente e espírito, faz-se preciso que os 03 (três) elementos fundamentais estejam em plenitude, no sentido de se alcançar a eficácia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB/1988) e a garantia do direito fundamental à vida (art. 5º, *caput* da CRFB/1988).

Não obstante, de acordo com o art. 3º, II e IV da CRFB/1988, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “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”.

Não é outro o entendimento do art. 2º da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos (1997), a qual dispõe que a todas as “é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independentemente de suas características genéticas” e que “esta dignidade torna imperativa a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e ao respeito à sua singularidade e diversidade”.

De outro lado, cabe ao Poder Público Brasileiro assegurar o direito fundamental e social à saúde (art. 6º e 196 da CRFB/1988 e art. 2º da Lei nº 8.080/1990) das pessoas transexuais, haja vista que sem a efetivação de tal garantia não há como se sustentar a ideia de uma vida digna a todo e qualquer ser humano.

Nesse ínterim, se uma pessoa apresenta determinada condição afetivo-sexual, qual seja a transexualidade, deve-se respeitar tal característica e permitir seu exercício e vivência, de maneira plena, em todos os espaços sociais, sob pena de confrontar o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Em tal plano, se diagnostica, conforme a Organização Mundial de Saúde – OMS, o TRANSEXUALISMO (CID F64.0), como “um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto”, o qual geralmente acompanha “um sentimento de mal-estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado”.

No que tange à proteção ou disposição do próprio corpo no direito brasileiro, em conformidade com o autor Schreiber (2014, p. 32), ressalta-se:

O tratamento jurídico reservado o corpo humano sofreu, ao longo da história, *profunda influência do pensamento religioso*. Visto, por muitos séculos, como dádiva divina, o corpo humano era considerado como merecedor de uma proteção superior aos desígnios individuais. O pensamento moderno rompeu com essa perspectiva, recolocando gradativamente a *integridade corporal no campo da autonomia do sujeito*. Nesse sentido, passou-se a falar em “direito ao próprio corpo”, expressão que procura enfatizar que o corpo deve atender à realização da própria pessoa, e não aos interesses de qualquer entidade abstrata, como a igreja, a família ou o Estado.

No âmbito internacional, o entendimento a respeito do direito à saúde das pessoas transexuais não é diverso, pelo que de acordo com os Princípios de Yogyakarta (2007): “toda pessoa tem o direito ao padrão mais alto alcançável de saúde física e mental, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero”, bem como cabe ao Poder Público:

Assegurar que todas as pessoas sejam informadas e empoderadas para tomarem *suas próprias decisões no que diz respeito ao atendimento e tratamento médicos*, com consentimento realmente baseado em informações confiáveis, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Tem-se, assim, nas intervenções cirúrgicas transexualizadoras e tratamento hormonal uma real possibilidade de promover o bem-estar biopsicossocial, ou seja, a sua SAÚDE, permitindo, desse modo, uma melhor inclusão social e resgate de sua cidadania de acordo com sua identidade autoidentificada.

Nessa conjuntura, se manifestou do Conselho Regional de Psicologia do Estado de São Paulo – CRP/SP (2011) sobre a despatologização da transexualidade e o garantia dos direitos das pessoas trans independentemente de qualquer procedimento cirúrgico de “adequação” sexual:

Embora a instituição do chamado “Processo Transexualizador” no SUS tenha sido uma grande conquista, entendemos que o acesso à saúde é um direito de tod@s e que a assistência médica e psicológica a pessoas trans, o tratamento hormonal e cirúrgico pelos serviços públicos de saúde não devem estar condicionados a um diagnóstico psiquiátrico. *Defendemos o princípio da integralidade do SUS, considerando uma concepção positiva de saúde, em que a mesma não é sinônimo de ausência de doença, e, sim, do bem-estar bio-psíquicosocial das pessoas*. Os estudos de gênero e as próprias experiências vividas por pessoas trans demonstram que a concepção binária

de gênero presente no ocidente e o alinhamento entre sexo, gênero e desejo não são algo “natural”. A ideia da existência de dois gêneros opostos, feminino e masculino, baseada na diferença entre os sexos, é algo construído culturalmente. *A realidade de sexo, de gênero e do corpo não pode ser imposta. Ela tem que ser observada nas formas e nas experiências do indivíduo e do grupo. As sexualidades, os gêneros e os corpos que não se encaixam no binarismo convencional (masculino/feminino, macho/fêmea) não podem servir de base para uma classificação psicopatológica.* A normatividade do binarismo de sexo e de gênero só permite aos deslocamentos, como a transexualidade, a travestilidade, o crossdressing, as drag queens, serem vistos como maneiras de existir desviantes, criando-se categorias linguísticas e psiquiátricas que conferem inteligibilidade à vivência destas pessoas. Portanto, numa concepção que desnaturalize o gênero, a pluralidade das identidades de gênero refere possibilidades de existência, manifestações da diversidade humana, e não transtornos mentais. *Ser considerad@ um@ “doente mental” só traz sofrimento à vida de quem possui uma identidade de gênero trans. Apesar de considerar que vivências como a transexualidade e a travestilidade podem e, em geral, geram muito sofrimento, entendemos que isto tem mais a ver com a discriminação do que com a experiência em si.* A patologização das identidades trans fortalece estigmas, fomenta posturas discriminatórias e contribui para a marginalização das pessoas. A “doença” trans é social: é a ausência de reconhecimento destas pessoas como cidadãs, é a ausência de reconhecimento de seu direito de existir, de amar, de desejar e de ser feliz. Retirar o rótulo de “doente mental” das pessoas trans, significará devolver a elas uma potência perdida na ideia de que são “seres desviantes”, proporcionando uma abertura para que possam se apropriar de suas identidades e desenvolver sua autonomia.

Ainda, apesar do art. 13, *caput* do Código Civil de 2002 citar que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”, é importante ressaltar que este dispositivo legal não viola o art. 1º, III da CRFB/1988, haja vista se considerar que as intervenções cirúrgicas transexualizadoras tratam de exigência médico-terapêutica, objetivando a satisfação existencial da pessoa trans e, assim, nada justifica a alegação de que realizadas em transexuais violam os “bons costumes” ou “o direito à vida”.

Não é diverso o entendimento retirado do Enunciado nº 06 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal (2002), quando se interpreta que “a expressão ‘exigência médica’, contida no art. 13 do CC/2002, refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar *psíquico* do disponente”.

Além disso, o art. 199, §4º da CRFB/1988 ressalva que “a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e *tratamento* [...]”. No entanto, não há no

território nacional uma lei federal específica sobre a permissão ou proibição de cirurgias transexualizadoras para o tratamento de pessoas trans.

Ocorre que, quanto à temática discutida, é possível elencar, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), pelo qual na omissão legislativa, o julgador deve se basear ou orientar pela “analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, não sendo outro o entendimento do art. 126 do Código de Processo Civil (CPC) em que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Ademais, o art. 5º da LINDB determina que a aplicação da lei necessita “atender às exigências do bem comum”, que consiste não apenas o bem da sociedade, mas da pessoa individualmente, na medida em que não há que se falar em “bem comum” se as ações e decisões do Poder Público e Privado são contrárias à dignidade humana ou à vida de um dos indivíduos do grupo social.

Nesse contexto, cabe elencar a Resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina – CFM, a qual permite a realização de cirurgias transexualizadoras como tratamento de saúde para os casos de transexualismo, retirando, por exemplo, o título experimental de mastectomia e histerectomia, mantendo apenas a neofaloplastia como procedimento experimental, de modo que “a intervenção cirúrgica para os procedimentos de transgenitalização são considerados éticos, desde que atendam as exigências contidas nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina” (Parecer nº 20/2010 do CFM).

Isto porque, o CFM considera que o “paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo tem tendência à automutilação e ou autoextermínio” e que “a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no art. 129 do Código Penal Brasileiro - CPB, visto que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico”.

Dessa forma, não se deve considerar as cirurgias transexualizadoras como crimes de lesão corporal (art. 129 do Código Penal), bem como contrárias ao art. 10, §4º da Lei Federal nº 9.263/1996 (Lei de Planejamento Familiar), o qual proíbe esterilizações voluntárias através de histerectomias e ooforectomias, tendo em vista, além do consentimento do paciente e do exercício regular de direito do agente (médico cirurgião), que excluem a tipicidade penal, conforme o art. 23, III do CPB, tal procedimento médico possui natureza terapêutica. Tal interpretação encontra-se em conformidade com o Enunciado nº 276 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil da Justiça Federal (2006), qual seja:

O art. 13 do Código Civil de 2002, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, *autoriza as cirurgias de transgenitalização*, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.

A reforma de compreensão sobre a aplicabilidade do art. 13 do Código Civil de 2002 é de extrema importância, haja vista que “representa autorização normativa expressa para a realização da cirurgia de transgenitalização quando houver prescrição médica que a autorize, de sorte a se afastar expressamente a ilicitude da conduta” do/a médico/a, bem como se torna “incontestável a conclusão acerca da licitude da cirurgia de transgenitalização por força do direito ao próprio corpo, reconhecidamente um dos direitos da personalidade” (VECCHIATTI, 2015, p. 291).

Pelo que os/as médicos/as possuem o direito-dever de utilizarem técnicas as quais lhes forem concedidas para amenizar ou curar o problema de saúde apresentado por seus pacientes e, não obstante, prevê o art. 32 do Código de Ética Médica que é vedado ao médico “deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente”.

Importa lembrar, nesse contexto, que o Processo transexualizador foi regulamentado no Brasil pelo Sistema Único de Saúde – SUS a pouco mais de 06 (seis) anos através da Portaria nº 1.707/2008 editada pelo Ministério da Saúde, não se justificando, assim, a exclusão de transexuais das políticas públicas de saúde.

Não à toa, “considerando que a orientação sexual e a *identidade de gênero* são fatores reconhecidos pelo Ministério da Saúde como determinantes e condicionantes da situação de saúde, não apenas por implicarem práticas sexuais e sociais específicas, mas também por expor a população GLBTT (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais) a agravos decorrentes do estigma, dos processos discriminatórios e de exclusão que violam seus direitos humanos, dentre os quais os direitos à saúde, à dignidade, à não discriminação, à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade” a Secretaria de Atenção à Saúde – SAS publicou a Portaria nº 457/2008, a qual fornece as diretrizes do Processo Transexualizador no SUS.

Com isso, a Lei nº 8.080/1990 que cria o Sistema Único de Saúde - SUS e estabelece os princípios orientadores da prática e execução do serviço de saúde por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, pela qual a saúde possui como “fatores determinantes e condicionantes, entre outros, ações que se destinem a garantir “às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social”.

Nesse diapasão, objetivando o bem-estar físico e psíquico dos usuários/pacientes, os planos de saúde precisam indispensavelmente observar a Lei Federal nº 8.080/1990 e a Lei Federal nº 9.656/1998 ou as demais normas regulamentadoras emitidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Ademais, de acordo com o art. 35-G da Lei nº 9.656/1998, os contratos realizados entre usuários e pessoas jurídicas de direito privado que fornecem planos de assistência à saúde encontram-se subordinados às disposições da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor - CDC).

Tal dispositivo legal coaduna com a Súmula nº 469 do STJ por meio da qual “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”. Dessa maneira, nos moldes do art. 1º do CDC a proteção do usuário transexual, ante a negativa de realização da mamoplastia por parte do plano de saúde conveniado, trata-se de uma questão de “ordem pública e interesse social”. Conforme o autor GARCIA (2012, p. 02), trata-se do que alguns magistrados/as e doutrinadores/as chamam

de teoria da “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” ou “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”. É a jurisprudência do STF:

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. *As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado.* Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988 vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à *proteção dos particulares em face dos poderes privados* (STF. Segunda Turma. RE nº 201819 – RJ. Relator: Ministra Ellen Gracie - Data de Julgamento: 11.10.2005. Data de Publicação: 27.10.2006).

Analisando o art. 10, §1º da Lei Federal nº 9.656/1998, destaca-se o denominado “Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde” editado pela ANS, o qual obriga as pessoas jurídicas de direito privado que fornecem planos de assistência à saúde a fornecerem uma quantidade mínima de procedimentos e especialidades médicas obrigatórias que devem constar nos contratos de plano de saúde.

Ocorre que, entre esses procedimentos mínimos obrigatórios verifica-se a “mastectomia”, no entanto, não se especifica “mastectomia por câncer”, inexistindo a restrição um diagnóstico específico quanto a tal procedimento cirúrgico, o que permite, por óbvio, a mastectomia em casos de transexualismo/transexualidade.

Nessa perspectiva, o Código de Ética Médica estabelece como um dos princípios fundamentais que “a medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade” devendo ser “*exercida sem discriminação de nenhuma natureza*”, diante disso a decisão dos médicos/as auditores/as das operadoras de planos de saúde deve se basear conforme a referida determinação, as demais regras regulamentadoras da profissão médica e da legislação brasileira, as quais vedam, inclusive, o preconceito em face da identidade de gênero, haja vista o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Destarte, resta claro que apesar de não existir qualquer lei específica acerca da permissão das intervenções cirúrgicas transexualizadoras, bem como não ser a mastectomia e a histerectomia procedimentos experimentais, faz-se necessário e urgente salvaguardar a melhora na qualidade de vida e saúde do paciente transexual.

Por fim, a negativa injustificada da efetivação de direitos assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ou demais textos normativos que coadunam com os princípios fundamentais e os Direitos Humanos, configura ofensa psíquica e moral causadora de angústia, desalento e desesperança, de modo que não pode ser aceita pelos Poderes Públicos e/ou sociedade civil.

Considerações Finais

Quando as cirurgias plásticas masculinizadoras, quais sejam: mastectomia

bilateral (retirada de ambos os seios) e histerectomia (retirada do útero) e ooforectomias (retirada dos ovários) são recomendadas como única solução para diminuir o sofrimento do paciente, como se analisou ao longo deste trabalho, não existe qualquer legislação nacional que vede a oferta dessa possibilidade por parte dos planos de saúde, pelo contrário, tal conduta condiz com os direitos humanos, o texto constitucional, bem como uma diversidade de normativas jurídicas reguladoras do âmbito da saúde.

Referências Bibliográficas

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Parecer CFM nº 20/10. A intervenção cirúrgica para os procedimentos de transgenitalização são considerados éticos, desde que atendam as exigências contidas nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm>. Acesso em 18 out. 2013.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados Aprovados. JÚNIOR, Ministro Ruy Rosado de Aguiar (coord). Brasília: Conselho da Justiça Federal / Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-i-v-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivil-num.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 8.080/1990. Promulgada em 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/lei8080.pdf>>. Acesso em 18 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 9.656/1998. Promulgada em 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm>. Acesso em 18 out. 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde. Rio de Janeiro: ANS, 2011. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/rol_procedimentos_eventos_saude_2012.pdf>. Acesso em 18 out. 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 457/2008. Regulamentação do Processo Transexualizador no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457_19_08_2008.html>. Acesso em 18 out. 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.707/2008. Institui, no âmbito do Siste-

ma Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. Disponível em: < http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html>. Acesso em 18 out. 2013.

BRASIL. Resolução CFM nº 1.955/2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02. Publicada em: 03.09.2010. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm>. Acesso em 18 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Súmula nº 469 do STJ. Disponível em: < http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0469.htm>. Acesso em 18 out. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA (SP). Manifesto pela Despatologização das Identidades Trans (2011). Disponível em: <http://www.crpso.org.br/portal/midia/fiqueolho_ver.aspx?id=365>. Acesso em: 22 set. 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DO GENOMA HUMANO E DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/imagenes/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em 10 jan. 2015.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência. 8. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

MENDES, Karyna Rocha. Curso de Direito da Saúde. São Paulo: Saraiva, 2013.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde. CID 10 – F64.0 (Transexualismo). Disponível em <<http://cid10.bancodasaude.com.br/cid-10-f/f640/transexualismo>>. Acesso em: 18 out. 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 31 out. 2013.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TJSC. Primeira Câmara de Direito Civil. Apelação Cível nº 24847 SC 2005.002484-7. Relator: Carlos Adilson Silva. Data de Julgamento: 08.10.2009. Disponível em: < <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6730807/apelacao-civel-ac-24847-sc-2005002484-7/inteiro-teor-12670495>>. Acesso em: 18 out. 2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Tutela Jurídica de Travestis e Transexuais que não se submeteram à Cirurgia de Transgenitalização. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). Direito à Diversidade. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 280-306.

AÇÕES DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE PESSOAS TRANS:

REFLEXÕES SOBRE A EXPERIÊNCIAS DO GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO E SEXUALIDADE DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (GEDS-FDUSP)

Mariana Alves da Silva
Matheus Caetano Tocantins
Nara Sarmanho Cunha¹

RESUMO: Este artigo apresenta alguns pontos de reflexão destacados a partir da experiência do Grupo de Estudos em Direito e Sexualidade (GEDS-FDUSP) no ajuizamento de ações de retificação de registro de pessoas trans na cidade de São Paulo. Em primeiro lugar, apresentamos o grupo, seu trabalho e seus pressupostos. A seguir, apresentamos a linha argumentativa do grupo e, finalmente, os principais obstáculos impostos pelo Judiciário no reconhecimento das identidades de gênero concretizado na retificação dos registros. Como problemas centrais, apresentamos a questão probatória, com o requerimento generalizado de documentos medicalizantes como definidores de identidades, e o problema da anotação na certidão de nascimento, mantendo uma “cicatriz”, ainda que esta seja retificada. Por fim, apontamos as dificuldades e os desafios de traduzir questão tão complexa para a linguagem do Direito.

Palavras-chave: retificação de registro civil, direitos trans, identidade de gênero.

ABSTRACT: This article presents some discussion points highlighted from the experience of the Study Group on Law and Sexuality (GEDS-FDUSP) on the filing of transgender people rectification actions in São Paulo. First, we present the group, our work and our assumptions. The following is the line of argument of the group and, finally, the main obstacles imposed by the judiciary on the recognition of gender identities embodied on civil record ratification. As a central issue, we present the problem of the widespread requirement of patologizing documents as gender identity definers, and the problem of annotations on the birth certificate, maintaining a “scar”, even though it was rectified. Finally, we point out the obstacles and challenges of translating such a complex issue to the legal language.

Keywords: civil record ratification, trans rights, gender identity.

1. Introdução

¹ Estudantes de graduação da Faculdade de Direito da USP. E-mails: mari.kinjo@gmail.com; matheusctocantins@gmail.com; narasc9@gmail.com.

Este trabalho busca discutir as possibilidades e limites da efetivação dos direitos de pessoas trans no judiciário paulista, a partir da experiência com os processos de retificação de prenome e gênero no registro civil ajuizados pelo Grupo de Estudos em Direito e Sexualidade da Faculdade de Direito da USP. Mais especificamente, usaremos como recorte os aspectos da produção de provas e suas implicações no andamento desses processos.

O GEDS, Grupo de Estudos em Direito e Sexualidade, é um grupo de extensão da Faculdade de Direito da USP, que atua junto ao Departamento Jurídico XI de Agosto² ajuizando ações de retificação de prenome e gênero no registro civil desde 2013. O trabalho desenvolvido pela parceria das duas entidades, de ajuizamento de ações de tais ações, completou três anos recentemente, chegando a mais de 200 encaminhamentos. Deste modo, este trabalho nasce da nossa vontade de compartilhar o que acumulamos nos anos de prática e da necessidade de permanentemente refletir sobre elas, sua questões e os desafios que nos são colocados.

As ações encontram certa resistência no Judiciário para o processamento de seus pedidos, uma vez que a própria sociedade (da qual fazem parte indivíduos que compõem o Poder Público), ao reforçar a diferenciação entre homens e mulheres com base apenas em aspectos genitais, impede que sejam reconhecidas e tomadas como cidadãs uma grande diversidade pessoas que não se encaixam no padrão normativo.

Para isso, o grupo atua também em parceria com o Centro de Referência e Defesa da Diversidade (CRD), serviço da prefeitura de São Paulo, que busca o acolhimento e inclusão social da população LGBT e que nos encaminha nossos clientes. É importante destacar que, em razão da necessidade de se obter a gratuidade judicial e priorizar o atendimento de pessoas hipossuficientes, o Departamento Jurídico XI de Agosto estabelece como critério de atendimento o teto de três salários mínimos, semelhante ao critério utilizado pela Defensoria Pública do Estado. Também são feitas rodas de conversa periódicas no CRD, buscando interessados em nosso trabalho e para que haja conhecimento do que é realizado pelo grupo.

Buscamos a multidisciplinariedade na nossa formação, uma vez que os assuntos com os quais lidamos são muito complexos e, ademais, são raramente estudados e compreendidos pela doutrina jurídica. Assim, realizamos reuniões de leituras, entre as integrantes do grupo, sobre questões de gênero e sexualidade, abrangendo textos e discussões de outras áreas, como a antropologia, as ciências sociais e a psicologia³.

As discussões no campo do Direito se voltam para o tema da litigância estratégica ou litigância de massa, com especial destaque para a teoria de Galanter acerca das forças existentes nas relações jurídicas litigiosas e os papéis que cada parte exerce

² O Departamento Jurídico XI de Agosto, órgão de extensão da Faculdade de Direito da USP fundado em 1919, é o primeiro órgão de assistência jurídica gratuita da América Latina. Atua principalmente em demandas de direito de família, sucessório, criminal, trabalhista e previdenciário. Todas as ações patrocinadas pela entidade são conduzidas pelos estudantes, que recebem orientação de advogadas e advogados orientadores.

³ Incluímos no programa leituras de autoras como Berenice Bento, Judith Butler, Jaqueline Gomes de Jesus e Luiza Ferreira Lima.

ao realizar determinado pedido (GALANTER, 1974). Como temos um grande volume de casos, buscamos pensar nos processos não somente no âmbito individual e limitado de cada ação, mas no procedimento conjunto dos nossos casos como um todo e seu impacto no judiciário.

2. Uma abordagem focada na autonomia

Tomamos como base do trabalho no grupo a inserção dos temas relacionados à identidade de gênero no judiciário, espaço de intensa disputa política e ideológica a respeito do reconhecimento das identidades não normativas.

Como boa parte das leituras de nossa formação é focada na valorização da autonomia de cada pessoa, acreditamos que a identidade de gênero deve ser abordada partir de uma identificação pessoal, corroborada socialmente. Tendo como base sua própria percepção de gênero, cada pessoa passa a mobilizar símbolos sociais e a solicitar reconhecimento nos mais diversos âmbitos da vida em sociedade, sendo o âmbito estatal apenas mais um (mesmo que dos mais hostis).

Destaca-se que, para fins de inserção da tese no espaço judicial, o grupo rejeita a abordagem da transexualidade como pertencente à esfera de patologias mentais. No âmbito da psiquiatria, apesar da grande discussão travada dentro da comunidade médica acerca das características da transgeneridade, o DSM-V ainda a encaixa como “disforia de gênero”: É o sofrimento experimentado devido à incongruência entre a expressão social do gênero e o gênero designado pela sociedade. Contudo, consideramos que

Certamente a existência de algum tipo de ‘incapacidade’ e o decorrente sofrimento das pessoas trans, esse último denominado muitas vezes de ‘disforia de gênero’, relacionados à expressão e vivência de suas identidades de gênero seria relativa ao contexto psicossocial, cultural e moral de normatividade de corpos, expressões de gênero, de sexismo e de transfobia na sociedade na qual estamos todos inseridos. (TENÓRIO E PRADO, 2016)

Ao categorizar a identidade de gênero como discurso pertencente ao campo do conhecimento médico, tiramos a autonomia dos indivíduos e, assim, subtraímos sua própria capacidade de ser visto como sujeito de direito. Dentro da linguagem médica, é necessário limitar o gênero a categorias fixas corpóreas.

Ou seja, mesmo entendendo os benefícios trazidos pela condição de patologia a alguns indivíduos, especialmente na área da saúde pública, a patologização da transexualidade impede que haja plena autonomia das identidades, condicionando seu reconhecimento por parte do Poder Público a laudos médicos, relatórios psicológicos e perícias psiquiátricas, que se tornam entraves à celeridade processual e a pessoas trans que não se encaixam nas expectativas de gênero.

Como já dito, o grupo busca levar essa concepção da autonomia e da não patologização para dentro do âmbito judicial, o que quase sempre é uma tarefa di-

ficil. Encontrando resistências e barreiras típicas da linguagem do Direito, torna-se necessário enfrentar as seguintes questões: como obter os resultados almejados juridicamente tendo em vista o caráter da instituição, extremamente conservadora e tão resistente ao avanço da pauta dos direitos da população trans (ou de qualquer outra pauta dita progressista)? Como transformar a linguagem do Direito, tão excludente e contraditória em relação às lutas sociais, em instrumento de busca por reconhecimento de grupos oprimidos? Como estabelecer uma atuação equilibrada entre o interesse individual de cada assistido e o interesse público?

Tais perguntas não são facilmente respondidas, uma vez que são inúmeros os fatores que agem nos processos e que tornam cada caso único, demandando uma atuação personalizada, impedindo a homogeneidade em relação a certas questões. Isso leva a inúmeros desafios para um trabalho que busca combinar, na medida do possível, os interesses pessoais de cada cliente e, ainda, organizar estrategicamente um único discurso perante o Judiciário a partir da coerência interna entre os casos.

3. Questões jurídico-processuais

O sistema jurídico brasileiro não apresenta, em qualquer texto normativo, dispositivo que preconize o direito de pessoas transgêneras de retificarem seu prenome e gênero nos seus registros civis.

Faz-se, basicamente, uma interpretação constitucional da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6015/1973), principalmente aos artigos 55, parágrafo único, que veda prenomes que exponham seus portadores ao ridículo; e ao artigo 58, que permite a utilização, no nome, de apelidos públicos notórios.

A partir destes dois artigos, podemos argumentar que pessoas transexuais estão invariavelmente expostas a situações constrangedoras e humilhantes por portarem, em documentos oficiais, nomes com os quais não se identificam e com os quais não possuem nenhuma proximidade. Por meio do conceito de apelido público notório, foi possível introduzir a categoria do “nome social”, visto que se concretizam os requisitos da notoriedade social das identidades postas em jogo no Judiciário.

É importante ressaltar que, a partir do critério da vexatoriedade exposto no artigo 55 e requerido pelo Judiciário, são criadas narrativas que expõem o sofrimento das pessoas transexuais e que acabam por ser muito semelhantes entre si. São narrativas que almejam enquadrar-se num ideal que mereça uma sentença de mérito positiva: as pessoas acabam reduzidas aos inúmeros episódios de constrangimento ao longo da vida e a uma identidade pretensamente estável (a maioria dos processos narram histórias sobre como não pertencem ao gênero que lhes foi imposto desde a infância). Deste modo, diferentes formas de se viver identidades que não se conformam à norma são desde seu início excluídas e neutralizadas pela linguagem do Direito (LIMA, 2015).

Em linhas práticas, atualmente, o grupo ajuíza as ações de retificação de assento, tanto de prenome quanto de gênero no registro civil nas Varas de Família, porque, na interpretação dada pela jurisprudência à Lei de Organização do Judiciário Paulista, se trata de mudança de estado, de histórica atuação das Varas de Família. O

grupo atualmente realiza discussões acerca sobre competência e o perverso discurso simbolizado pela categorização da alteração de gênero no registro como uma “mudança de estado”, em que o direito “constituiria”, de certa maneira, o gênero da pessoa. No entanto, do ponto de vista estratégico, entendemos que o nosso foco, no momento, devem ser as questões probatórias no processo, pois estas são as que causam mais obstáculos à concretização dos direitos de nossas clientes.

3.1 Os atores do processo

As demandas judiciais de retificação de prenome e gênero no registro civil são consideradas ações de jurisdição voluntária, ou seja, há uma requisição de direito individual para que o Estado provenha uma prestação jurisdicional. Desse modo, portanto, não existem partes, autor ou réu. Apenas os requerentes buscando o reconhecimento de seu direito a obter aquilo que pediram.

Além da atuação das e dos requerentes, há também a atuação do Ministério Público do Estado de São Paulo como fiscal da lei, função preconizada no artigo 129 da Constituição de 1988. Essa intervenção acontece porque se considera que existem interesses indisponíveis nos casos em questão, sendo de interesse do Estado e de intenção do legislador de que haja tutela destes interesses privados relacionados ao nome e ao gênero no qual determinada pessoa é encaixada no momento em que nasce ou se encaixa, no caso se não se conformar com tais categorias (MAZZILI, 2015).

Cabe destacar que a ideia de registro como interesse público pode entrar em conflito a ideia de autonomia destacada anteriormente. Questiona-se: há realmente a necessidade de que o Ministério Público faça intervenções no processo, tendo a prerrogativa de apelar da sentença de mérito? Outro aspecto que coloca o Ministério Público como barreira no processo é sua proximidade com o juiz, diversa de nossa própria posição no jogo processual.

Embora, pela estrutura dos processos de jurisdição voluntária, haja apenas a parte autora, também denominada requerente, é possível verificar, na análise apenas de nossos casos, que o Ministério Público atua como uma contraparte, representando um interesse claramente contrário à retificação do registro das pessoas atendidas. Além de, em geral, desrespeitarem as identidades de gênero e reproduzirem posicionamento conservadores que confundem homossexualidade e transgeneridade, os pareceres do Ministério Público também impõem inúmeros obstáculos aos pedidos das ações, principalmente com a requisição de provas medicalizantes, como se verá a seguir.

3.2 Principais obstáculos: questões probatórias e interesse de terceiros

3.2.1 Questões probatórias

A questão da prova se torna relevante neste debate sobre direitos trans, uma vez que é por meio dos conteúdos probatórios impostos aos requerentes da retificação de registro que se manifesta a visão do julgador sobre a transgeneridade.

É necessário o convencimento do Juízo de que o nome de registro em questão é vexatório e causa constrangimento. Além disso, pode-se argumentar, de maneira análoga, que o nome social nada mais é do que um “apelido público notório”. Buscamos fazê-lo de diversos modos: através da anexação de fotos no convívio diário; de depoimentos de pessoas próximas, como amigos e familiares; de documentos públicos nos quais já figuram o nome social; da realização de audiências etc. Contudo, diversos óbices fazem-se presentes no tocante à prova.

3.2.2 A realização de perícia médica

É cada vez mais forte em nossa atuação o requerimento, pelos juízes e pelo Ministério Público, da realização de perícia médica.

Aqui cabe uma breve digressão sobre o trabalho realizado pelo grupo. O primeiro obstáculo enfrentado foi o da aceitação, pelo Judiciário, de pedidos de retificação de registro sem a realização da cirurgia médica. Embora alguns juízes ainda utilizem esse requisito, a jurisprudência majoritária do Estado de São Paulo já tem se mostrado favorável à superação deste ponto, de tal forma que a perícia médica se tornou o principal “inimigo” da nossa litigância.

Consideramos que a realização de tal perícia é extremamente prejudicial para uma abordagem digna da questão de sexualidade e gênero, que preza pela autonomia da vontade e pela não patologização das identidades trans. Em primeiro lugar, porque indica que não basta a identificação da pessoa e o reconhecimento pelo seu círculo social, colocando como necessária o atestado de identificação realizado por um profissional da área da saúde, em uma lógica que prioriza a palavra de um “especialista” em detrimento da auto-identificação da pessoa trans.

Ressalte-se, ainda, que a utilização deste meio de prova pressupõe que o locus discursivo da transexualidade é o médico-patológico, quando a abordagem desta deveria ser focada nas experiências sociais das e dos requerentes em relação à transfobia presente na sociedade, de modo que a utilização do nome social nos documentos oficiais fosse uma forma de validar a identidade da pessoa trans, não como suposta cura para um diagnóstico médico.

Portanto, indica, ainda que subjetivamente, que o indivíduo deve adequar seu corpo ao gênero psicossocial com o qual se identifica. Apesar de muitas pessoas trans almejarem a realização de cirurgias de redesignação genital ou adequação corporal, não são todas que desejam, impondo ainda mais barreiras para mulheres transsexuais e homens trans que não se adequariam a um padrão corporal que tem pessoas cissexuais como referência (BENTO, 2005).

Destaca-se que a mudança nos genitais não é o único obstáculo imposto. Existem outras questões subjacentes, como a adoção de uma aparência que seja adequada ao gênero a qual se pertence (como o uso das roupas, do corte de cabelo), e da hormonização.

Ademais, a perícia também é vexatória, visto que viola os preceitos constitucionais da intimidade e da privacidade. Isso se faz presente na perícia psiquiátrica, mas a quebra dos princípios se dá mais notoriamente no caso da perícia física ou gine-

cológica, em que surgem questões relacionadas diretamente ao corpo da requerente.

Quanto às questões processuais, em termos de perícia requisitadas nas decisões interlocutórias, buscamos que as decisões sejam revistas (seja por agravo de instrumento, mandado de segurança ou pedido de reconsideração de decisão judicial). Alternativa menos gravosa encontrada é que as perícias sejam realizadas nos setores psicossociais das varas de família, onde os profissionais costumam ser mais capacitados e utilizam-se de outros saberes que não o estritamente médico – único saber utilizado na grande maioria das perícias realizadas com pessoas trans.

3.2.3 Os laudos médicos anexados nas petições iniciais

Outra questão enfrentada é também a anexação de laudos médicos já na petição inicial, havendo, nesta questão, duas questões conflitantes. O primeiro é que percebemos, a partir de nossa experiência, que a anexação de laudos que as assistidas já tenham confeccionados faz com que o processo seja mais célere e seja considerada uma prova de grande valor para o juiz; o segundo diz respeito ao fato de que já nesse primeiro momento processual vamos contra nossa própria teoria de que o processo deve correr sem provas produzidas na linguagem da medicina.

Frise-se que, embora tenhamos uma tese que buscamos inserir no judiciário, não podemos ignorar o desejo de nossas assistidas para que sejam protagonistas de suas lutas (sob pena de cair na incoerência de rejeitarmos sua autonomia). Assim, a questão da anexação de laudos se torna um ponto de negociação entre grupo e clientes, mas cabendo à pessoa interessada a decisão final.

Para não cair em incoerências irresolúveis, a apresentação de laudos médicos e/ou psicológicos como provas é sempre acompanhada de questionamentos sobre a questão probatória em casos de retificação de registro de pessoas transexuais. Isto é feito com a intenção de demonstrar que a apresentação de tais documentos é feita apenas como forma de colaboração e boa vontade em relação aos requerimentos do Ministério Público e do Juízo, e não como um posicionamento do grupo que corrobore a visão de que o parecer de terceiros pode ser definidor da identidade de alguém.

3.2.4 Os interesses de terceiros e as anotações na certidão de nascimento

Pensando nos obstáculos enfrentados pelo grupo e pelas clientes em suas ações de retificação, passamos a observar, especialmente nas sentenças, um número crescente de juízes que determinam a anotação de que houve retificação de nome e gênero decorrente de decisão judicial, alegando, principalmente, o resguardo de interesses de terceiros.

A questão do resguardo do interesse de terceiros não é nova, passamos a lidar com ela desde o início do projeto, quando, ainda na fase de peticionamento inicial, é necessário juntar inúmeras certidões das mais variadas utilidades, como certidão do distribuidor cível, distribuidor criminal, negativa de débitos trabalhistas e de antecedentes criminais. Apesar de ser uma lista extensa, decorrente da inicial, de iniciativa da requerente, ainda é exigido, pelo Ministério Público ou pelo juiz, inúmeras outras

certidões obscuras e protelatórias, e que muitas vezes são impossíveis de se obter⁴.

As consequências de se anotar na certidão de nascimento a existência de retificação em razão de sentença judicial são tão danosas quanto a discrepância inicial entre a identidade e os documentos das pessoas trans. A maior parte das pessoas atendidas alegam que se trata de uma “cicatriz” que carregariam em seus documentos civis, em contraposição ao que alegam os membros do sistema judiciário, de que a certidão de nascimento é mera formalidade por ser raramente requisitada em serviços básicos da cidadania. No entanto, de maneira simbólica, a anotação acaba representando um estigma que a pessoa trans terá de carregar pelo resto da vida, ou até que consiga retirá-la.

Como se trata de uma parte dos pedidos, a anotação leva a uma “sentença procedente em parte”, na qual apenas parte dos pedidos da inicial são acolhidos, recorível por meio do recurso da apelação, que leva muito tempo para ser julgada no judiciário paulista, protelando ainda mais a possibilidade dos assistidos de terem o reconhecimento de seu direito à retificação dos seus documentos.

4. Considerações finais

Ressaltamos que o pedido de produção dessas provas consideradas inadequadas são apenas um dos vários obstáculos impostos pelo judiciário paulista no reconhecimento do direito à identidade das pessoas trans. No entanto, ele é exemplificativo dos desafios com os quais nos deparamos na nossa prática e pelos quais passam diariamente as pessoas trans na busca pelo reconhecimento de seus direitos pelo Poder Público.

Como estudantes e futuros profissionais do Direito, nos colocamos o papel de traduzir uma abordagem humana e social da questão trans para a linguagem rígida do Direito. Assim, a nossa atuação se dá na articulação entre compromisso com a luta social e as estratégias processuais, dialogando com o judiciário e insistindo para que, pouco a pouco, os juízes tratem a questão de maneira mais humana. Conforme apontamos, este processo não é fácil, nem linear ou homogêneo. É um percurso repleto de escolhas e também de contradições.

Apesar de não sermos os únicos que atuam no Estado de São Paulo ou até mesmo no município, obtivemos decisões importantes advindas do Tribunal de Justiça do estado, reconhecidamente conservador, relacionadas principalmente à desnecessidade da cirurgia de redesignação genital no caso das ações de retificação de gênero ou à desnecessidade de realização de perícia médica no caso do requerente desejar retificar apenas o seu prenome, sendo substituída por audiências judiciais, uma prova de maior conteúdo e abordagem social.

⁴ Um exemplo clássico é o das Certidões de quitação das obrigações militares ou de Distribuição da Justiça Militar exigidas nas ações de retificação de prenome e gênero de homens trans, que aos olhos do estado, possuem gênero feminino e não estavam obrigados a estarem no alistamento militar obrigatório.

Referências Bibliográficas

BENTO, Berenice. “Transexuais, corpos e próteses”. *Labrys: Estudos Feministas*, n. 4, ago./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.tanianavarrosvain.com.br/labrys/labrys4/textos/berenice2mf.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2005.

GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Vol. 9, No. 1, Litigation and Dispute Processing: Part One (Autumn, 1974), pp. 95-160.

LIMA, Luiza Ferreira. *A ‘verdade’ produzida nos autos: uma análise de decisões judiciais sobre retificação de registro civil de pessoas transexuais em Tribunais brasileiros*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Dissertação de mestrado. Defesa em outubro de 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ministério Público*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 94.

TENÓRIO, Leonardo Farias Pessoa; PRADO, Marco Aurélio Máximo. As contradições da patologização das identidades trans e argumentos para a mudança de paradigma. *Revista Periódicus*, v. 1, n. 5, p. 41-55, 2016.

POR QUEM OS SINOS DOBRAM?

AS RELAÇÕES DE PODER E OS DESAFIOS DA EXISTÊNCIA E DO DIREITO AO NOME

Rachel Macedo Rocha¹

RESUMO: Este trabalho pretende debater a partir de pesquisa, em andamento, as decisões emitidas pelo órgão de segunda instância do judiciário paulista, em processos de retificação de registro civil de mulheres transexuais, homens transexuais e outros transgêneros. Esses processos tramitaram no Tribunal de Justiça, no período de 2000 a 2015. A ideia é explorar as verdades idealizadas pela ciência e pelas relações de poder que tem decidido a constituição dos sujeitos a partir da leitura biológica e refletir sobre os saberes jurídicos que permeiam essas decisões que recorre a outro saber, a ciência médica, tanto para acolher, quanto para negar a pretensão desses sujeitos.

Palavras-chave: identidades trans; pesquisa com acórdãos, retificação de registro civil; transexualidade

ABSTRACT: This paper's intent is to debate, starting from an ongoing research, the decisions issued by Sao Paulo's Second Instance Judiciary body, under rectification processes of the civil rights of transsexual women, transsexual men and other transgender. These processes were held in the Court of Justice during 2000 until 2015. The aim is to explore the scientific truthful ideology, the empowerment relations that have define these individual's constitution starting from a biological reading as well as reflect about the juridical knowledge that pervade these decisions in which resort to another understanding. Lastly, the medical science, both to receive and to deny these individuals pretensions.

Keywords: Transsexual Identities; Judiciary Body Research; Civil Registry Rectification; Transsexuality

1. Introdução

Vistos, relatados e discutidos, a alteração pretendida não se mostra a princípio possível, porquanto ainda não existente total desconformidade entre o prenome e o aspecto físico da autora que, nas razões do seu inconformismo, refere estar se submetendo a tratamento psiquiátrico e hormonal visando uma futura faloneoplastia, quando, então, poderá ver albergada sua pretensão.²

¹ Advogada, Mestranda em Mudança Social e Participação Política na Escola de Artes, Ciências e Humanidades, da Universidade de São Paulo – USP – Brasil - rachelmrocha@usp.br

² Apelação Cível nº 328.005-4/0-00 - Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo in www.tj.sp.gov.br, acesso em 10 de março de 2013

A ementa deste acórdão é um dos quase 40(quarenta) documentos a serem analisados em minha pesquisa de mestrado, explorada neste artigo. A decisão reforça verdades esculpidas pelo meio social, como aponta Fausto-Sterling(2001:21), e que ancoram os discursos jurídicos a justificar a constituição dos sujeitos de forma equivocada, cuja única leitura encontra na cirurgia de transgenitalização a “cura” para albergar a pretensão de homens transexuais e mulheres transexuais em processos de retificação de registro civil.

As observações como ativista do movimento LGBT na capital paulista, e a aproximação com essa população, quando comecei a atuar nesses processos, me fizeram pensar sobre os desafios na busca do documento registral. Observações que me provocaram a explorar pistas de como o saber jurídico tem construído um discurso de modo a direcionar a identidade desses sujeitos a partir da lógica biológica, e da patologização das identidades trans.

E a minha hipótese se voltou ao que Foucault (2015:281) alerta, não para o direito (lei), mas o “conjunto de aparelhos, instituições e regulamentos que aplicam o direito” para fazer valer a relação de dominação. O que sugere, que a medicalização e a judicialização das identidades trans são orquestradas por redes de poder, muito bem exploradas no debate sobre soberania e dominação pelo filósofo francês.

O foco do meu trabalho não trafega pela seara da demonização do judiciário e da medicina, tampouco investe na vitimização dos sujeitos construídos por esses discursos. Ao fazê-lo, pretendo analisar a dimensão que a moral jurídica exerce sobre os corpos, sobre os sujeitos, sempre com a ideia de tensionar a racionalidade dos discursos que operam na manutenção da universalização lógica que naturaliza as identidades a partir do binarismo de gênero, que patologiza e judicializa a vida.

Assim, como Fausto-Sterling (2001:19), sugiro que o que está em jogo é o conhecimento da ciência a serviço de uma punição ao corpo não padronizado:

Nossos corpos são complexos demais para dar respostas claras sobre a diferença sexual. Quanto mais procuramos uma base física simples para o “sexo” mais claro fica que o “sexo” não é uma categoria física pura. Aqueles sinais e funções corporais que definimos como masculinos e femininos já vem misturados em nossas ideias sobre o gênero.

Sugiro, ainda, que pensar nessa população, a partir de uma construção de identidades únicas, reafirmadas a partir de formas tradicionais, é pensar em sujeitos de sociedade da normalização, como escreve Foucault (2015:293). A disciplina e o controle sobre os corpos desses sujeitos, tanto da medicina quanto do direito é uma forma de classificar gênero a partir de explicações biológicas onde debates científicos estão profundamente imbricados em relações de poder.

As disciplinas veicularão um discurso que será o da regra, não da regra jurídica derivada da soberania, mas o da regra “natural”, quer dizer, da norma; definirão um código que não será o da lei, mas o da normalização.

Numa leitura preliminar de nosso material, observamos que na busca da identidade registral junto ao Poder Judiciário, a regra é básica e começa muito antes do ingresso da ação: sem laudo, nada de cirurgia, sem cirurgia e sem laudo, nada de alteração da documentação registral. O laudo patologizante, portanto, se afigura como um instrumento normatizador dos processos de retificação de registro civil. Ainda que algumas respostas do judiciário tenham sido no sentido de albergar a pretensão do requerente que não realizou a cirurgia.

Assim, meu trabalho com acórdãos sugere um ziguezaguear no que está posto, produzido e tenta interrogar aquilo que esse novo tempo nos desafia enquanto pesquisador e nos inspira a pensar e sugerir outras possibilidades, a partir, inclusive do meu campo profissional e enquanto ativista.

2. Entre laudos e linhas

Como já informado anteriormente, a atuação profissional e o trânsito no movimento LGBT, na capital paulista, ajudou na compreensão e no debate que ao longo dos anos travei no Poder Judiciário, e contribuiu para o desafio ora pesquisado. Inúmeras são as reflexões nesta minha trajetória enquanto pesquisador. Uma delas é o lugar de minha fala e qual a legitimidade dessa fala neste percurso que tem reduzido as identidades trans a “estereótipos e descrições prescritivas homogeneizantes” (Tenório e Prado: 2016:44). Logo, tenho o cuidado de pensar que a minha fala e o objeto de estudo deve sugerir não uma produção de um saber sobre transidentidades, Ayouch (2016), mas sobre a maquinaria de saberes no campo do direito que tem orquestrado um extrato de verdade política e classificada hierarquicamente a partir da regra cis-heteronormativa.

Ao longo da pesquisa, tenho observado que o debate sobre gênero e sexualidade descortina um universo plural e diverso que não se esgota às supostas classificações confirmadas, normatizadas e normalizadas, daí o sentimento e o desejo de explorar o estudo acadêmico sobre a transgeneridade muito além do que só se vê na superfície das águas, num universo de muitos arrecifes e bancos de areias LANZ (2014:13), numa posição de aliança, como nos sugere Ayouch, 2016.

Nessa compreensão das relações humanas, o convite a fazeres que rompam com a perspectiva tradicional de sujeito proposto por Spink (2014:23), possibilitou o diálogo com outros campos disciplinares que me ajudaram a confrontar o direito e renovar o olhar sobre meu próprio campo disciplinar (Philippi Jr, 2011:102).

Confrontar o direito e articular o debate em torno de gênero, sexualidade, educação, direitos humanos e identidades, e desafiar o direito a compreender a complexidade do mundo, as relações humanas e a perspectiva de transformar o que se apresenta como posto, como dado, como único, como fixo e a fala dos operadores do direito, o que eles “dizem”, como “enquadram” esse sujeito é de extrema relevância para o estudo pesquisado. Como sugere Paraíso(2014:32), é preciso buscar estratégias para descrever e analisar aquilo que nomeia o sujeito, que divide, separa, categoriza, hierarquiza, normaliza, governa e, conseqüentemente, produz sujeitos de determinados tipos.

Os acórdãos têm revelado que um dos grandes desafios de ser transexual, travesti e outros transgêneros nesta busca da identidade registral, se volta para os discursos que sedimentam verdades sobre gênero e sexo.

É o que Bento e Pelúcio (2012:4), atentam de como no caso da politização das identidades abjetas, o conhecimento credenciado como saber científico, tenha gerado tanto poder. A quem interessa o diagnóstico? Quem atesta e conclui pela classificação desses diagnósticos?

Para compreender essas interrogações, o diálogo com trabalhos de Bento e Pelúcio (2012), Costa (2006), Nunes (1998), Campos (2000) e Russo (2006), ajudou a construir estratégias e respostas ao nosso objeto. Não com o fim de conceber verdades, mas tensionar sobre a politização desses saberes que tem insistido na patologização de comportamentos.

Foi assim com a homossexualidade e temos assistido o mesmo no que se refere às identidades trans. Ou seja, todos aqueles que fogem ao padrão binário de gênero e sexo são catalogados pelos documentos conhecidos como (DSM-V e CID-10). Para Bento e Pelúcio (2012:7), não existe um só átomo de neutralidade nesses códigos.

A transexualidade e a travestilidade ganharam o status de doença e, de acordo com a ciência médica, é denominada de transexualismo, travestismo, transtorno de identidade sexual ou de identidade de gênero (VENTURA 2010:11). O reconhecimento da doença passa, então, a ser incorporado nos discursos da medicina e do direito como uma anomalia a exigir tratamento até que se atinja a “cura”, que pressupõe o processo transexualizador, com o objetivo de alterar o prenome e sexo civil.

Este poder/saber médico (Bento, 2008:121) que recomenda a intervenção cirúrgica e o processo de regularização da documentação junto ao Poder Judiciário, pressupõe uma postura autoritária. O acesso a estes procedimentos é condicionado a laudos que vão concluir pelo diagnóstico patologizante.

A medicina, aponta Russo (2006), objetificou os corpos, adestrou-os, “limpou-os” das sujeiras que indicam as desordens do mundo e promoveu a vida saudável a partir do discurso moral de sua autoridade.

Essas intervenções de poder nascidas da racionalidade dos viventes enquanto população a partir do século XVIII, como destaca Foucault (2004:60), deu azo às práticas estatizantes de saúde, natalidade, longevidade, raça.

E essa noção de estatização do biológico que se instala no século XIX vai disciplinar a vida e definir o seu poder por meio de mecanismos reguladores. O poder de fazer morrer, agora está sedimentado no de fazer viver. O controle é disciplinar individual e de extrema vigilância sobre os corpos. (Foucault. 2005:295)

Como bem indicou Jurandir Freire Costa (2006), a medicina deveria estar atenta para as armadilhas de seu próprio imaginário moral, e se utilizar do seu arsenal tecnológico e intelectual de modo a produzir pesquisas que evitem reforçar discriminações. E aqui, detectamos essas armadilhas, também, na ciência jurídica.

Nesse aspecto, quando o Estado nega o direito à alteração do nome de uma travesti, obstrui o acesso a inúmeros outros equipamentos de cidadania, tais como, escola e trabalho. A existência enquanto cidadão passa pela exigência do documento

de identificação, também vai ponderar Freire (2015).

Qual o preço do diagnóstico? Quais as linguagens que regulam e demarcam características patologizantes nesses indivíduos e que, no limite, reproduzem uma realidade que não corresponde à verdade que se acredita ser? Ser diagnosticado pode trazer consequências irrecuperáveis para crianças e adolescentes que acreditam serem portadores de uma “anormalidade”. Para Butler:

Uma pessoa paga pela sua liberdade, por assim dizer, ao sacrificar o direito de usar a linguagem para dizer a verdade. Em outras palavras, uma forma de liberdade só é obtida ao se renunciar a uma outra. (Butler 2009: 112)

Um dos casos que é relevante trazer para este artigo, se volta para uma manifestação do representante do Ministério Público - MP, que destacou o seguinte: que o requerente – um homem transexual - procurou alternativas na medicina apenas para satisfazer-se e para tentar se assemelhar a outro sexo, porém, “sem perfeição”. (Apelação Cível nº 0074021-08.2010.8.26.0224 – 5ª Câmara de Direito Privado do TJSP)

Para o representante do MP, o mesmo jamais iria atingir a reprodução, característica essencial a quem almeja ser mulher. O caso reflete bem as modalidades de exercício de poder e como este é um instrumento estratégico. A nosso ver, este é um discurso biológico que reflete no político, avança o campo de controle de saber e de intervenção de poder.

Este acórdão, pleiteava a reforma da sentença de primeiro grau junto ao órgão superior, por meio de recurso e reflete uma trajetória comum em processos dessa ordem.

A carga de discriminação que se observa na manifestação acima está subordinada ao credo moral de seu signatário, que foi buscar na medicina os argumentos a justificar e comprovar suas “verdades”.

No caso citado, o parecer foi relevante na avaliação do juiz que decidiu a causa, cujo autor teve sua pretensão negada por aquele Juízo, reformada, porém, pelo órgão superior paulista.

Mas não é só, essa técnica discursiva de produção dos sujeitos e das identidades, é constituída a partir de atributos que historicamente sempre estiveram presentes nessas produções. Sexualidade e gênero são atributos, são campos de disputas e de lutas pelas afirmações de direitos.

Afirmar a identidade como o que sempre existiu, o que está posto, a partir do biológico, é uma forma de legitimar verdades e afirmar especificidades a partir de uma base natural, construídas por discurso moralizante, muito próximo do essencialismo estratégico.

O Estado, representado pelo Judiciário, é um lugar estratégico de reprodução de processos de verdades. Essa necessidade de reproduzir corpos e identidades atrelados ao sexo e à conformação do que se compreende como “normal”, a partir da medicina, são formas de exercício de vigilância e controle, onde a ciência biológica e jurídica tem um papel preponderante.

Numa primeira análise, observamos o seguinte:

Recursos protagonizados pelo Ministério Público insistiam que, no assento de nascimento fosse averbada a alteração pretendida e não retificado o registro à margem. Mas, as decisões acenaram no sentido de que deve ser averbado que houve determinação judicial modificando o registro sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações, resguardando-se, assim, a publicidade dos registros e a intimidade do requerente. E mais, que nenhuma informação ou certidão poderá ser dada a terceiros relativamente às alterações nas certidões de registro civil, salvo ao próprio interessado ou sob requisição judicial, posição confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Um recurso invocava a imutabilidade do nome e do sexo, tese esta derrubada pelo órgão superior. O Ministério Público ainda recorreu de uma decisão que havia alterado nome e sexo de transexual sem a realização da cirurgia, recurso este apoiado pelo Tribunal por carência da ação.

Uma apelação, tanto do autor quanto do Ministério Público, reclamou a reforma de sentença no seguinte sentido: para o primeiro, ao alterar o nome e não o sexo, o mesmo continuaria a ser alvo de preconceitos e discriminações de toda ordem na sociedade. Para o Ministério Público, a alteração de nome e sexo é impossível, pois são imutáveis. O caso é interessante por trazer à discussão o poder da rigidez do operador do direito, utilizando argumento pautado em critério biológico para decidir sobre a redesignação do sexo. No caso, a primeira instância, alterou o nome do transexual de Luis para Luiza e manteve o sexo masculino, sob o seguinte argumento:

(...) isso não deve causar grande embaraço porque “alguns prenomes são utilizados tanto para pessoas do sexo masculino quanto do feminino (“Darci”, “Juraci”, “Nadir”, por exemplo)”, além do que “prenomes femininos de origem estrangeira podem soar masculinos por terminarem com a vogal o (o prenome japonês “Fumiko”, por exemplo)” e “por outro lado, prenomes masculinos às vezes são interpretados como femininos (o prenome italiano “Michele”, por exemplo) (fl. 34) APELAÇÃO CÍVEL nº 209.101.4/0 -TJSP .

Para o relator do recurso, os exemplos invocados pelo magistrado de primeiro grau foram muito infelizes, vejamos:

(...) Se efetivamente existem prenomes que tanto podem designar pessoas do sexo masculino quanto do sexo feminino (como “Darci”, “Juraci” e tantos outros), dentre eles não se inclui, evidentemente, Luisa (ou Luíza), que é o feminino de Luís (ou Luiz). “(...) Feita a cirurgia de redesignação sexual ou de mudança de sexo num transexual, o direito, a sociedade e o Poder Judiciário poderiam proibir que leve vida feliz e normal? Poder- lhe-iam negar efeitos jurídicos oriundos de sua nova condição sexual? (...) Não deveria a lei, evitando discriminação, facilitar seu direito à identidade sexual?” (p. 235). (...) Pelas razões expostas (...) meu voto nega provimento ao recurso do Ministério Público

e dá provimento ao apelo do autor para o fim de acolher integralmente o pedido inicial, determinando a retificação de seu assento de nascimento não só no que diz respeito ao nome (de “Luiz ...” para “Luísa ...”) mas também no que concerne ao sexo (de “masculino” para “feminino/”). (idem)

Uma apelação que merece destaque é a de n. 86.851.4/7, de São José do Rio Pardo, da 5ª Câmara de Direito Privado, ao admitir uma alteração de nome e sexo no assento de nascimento, declarou no Acórdão:

não se pode deixar de reconhecer ao autor o direito de viver como ser humano que é, *amoldando-se* à sociedade em que quer fazer parte. E não quer viver o autor como marginalizado, como discriminado, num estado de anomia e anomalia. Ele quer simplesmente merecer o respeito de sua individualidade, de ser cidadão, um indivíduo comum. (grifo nosso)

Embora a decisão tenha acolhido a mudança do nome, observa-se nas entrelinhas, a fala de um sujeito normalizado, pois é preciso autorizar a sua mudança de nome e redesignação de sexo na medida em que o mesmo está “amoldando-se à sociedade em que quer fazer parte”.

Da análise das decisões que alcançaram o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o que se observa é que grande parte dos pedidos de retificação de nome e redesignação sexual de transexuais, junto ao Poder Judiciário, tem produzido uma jurisprudência no sentido de albergar apenas a mudança de nome de transexuais que se submeteram à cirurgia de transgenitalização, excluindo, deste processo, aquelas cujo perfil foge à regra médica e legal, como por exemplo, as travestis.

Numa primeira leitura, essas decisões revelaram que dos recursos ingressados na Corte Paulista a maioria são de autoria do Ministério Público. As justificativas vão desde casos em que a cirurgia de transgenitalização não foi realizada, imutabilidade do prenome, não procriação dos sujeitos e outros.

Nos casos de recurso do autor, a inconformidade busca a reforma de sentenças que negaram o direito em razão da não realização da cirurgia, imutabilidade do nome, ou que acolheram retificação apenas de nome e não do sexo.

Desta leitura preliminar refleti que o judiciário, por mais que atente em responder à prestação jurisdicional que lhe é invocada e tenha avançado neste campo, ainda prescreve critérios norteadores a legitimar a adequação do corpo e da identidade, como conclui VENTURA (2010:139).

Isso significa considerar que a identidade sexual não é uma livre escolha ou uma livre construção do sujeito. Assim, uma nova identidade sexual só é admitida como uma contingência – o transtorno psíquico do transexualismo – para a qual a medicina deve viabilizar a “cura” e o direito deve cancelar a adequação.

3. Considerações finais

O trabalho com acórdãos exigiu, ainda, considerar pesquisas como o de Rosa Oliveira (2009), Ana Lucia Pastore Schitzmeyer (2004) e Lucas Freire (2015).

Rosa Oliveira (2009:227), além da análise dos acórdãos, entrevistou juízes, desembargadores, para tentar apurar a visão desses operadores do direito. Concluindo que há um forte apego a lei, tanto nos discursos, quanto nos acórdãos. Que mesmo quando o Judiciário se manifesta contrariamente, há uma rigidez da norma legal. A interpretação da norma está muito longe da leitura que a Suprema Corte fez, por exemplo, por ocasião da decisão sobre a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Para a autora, “o apelo positivista falou mais alto até que possíveis convicções morais ou religiosas.”

Schitzmeyer (2004), por exemplo, encontrou nos acórdãos e sentenças selecionados, manifestações de ordem positivistas, evolucionistas e darwinistas, concluindo que esses continuam muito presentes em mais de 150 anos de história. A autora utilizou a sua fonte de pesquisa duas principais revistas de direito que publicam acórdãos judiciais, a Revista dos Tribunais e Revista Forense. A ideia não era apresentar um levantamento de decisões sobre curanderismos ou qualquer outra conotação religiosa, ou ainda sobre legislação, mas sobre os saberes na aplicação da lei penal ao tratar de questões envolvendo curas mágico-religiosas.

Sua pesquisa faz do desafio da aproximação sobre o qual tenho me debruçado ao longo dos anos, tanto na vida profissional, quanto militante, de que o direito e antropologia são áreas que devem caminhar juntas. No debate sobre gênero, identidades, diferenças, igualdade e sexualidade, o caminhar e a interação dessas disciplinas são essenciais, se quisermos refletir sobre sujeitos e seu lugar no mundo. E assim como a autora, o propósito deste trabalho, é o de dar alguns passos na direção desse encontro.

Freire (2015), ao realizar uma etnografia no Núcleo de Defesa da Diversidade Sexual e Direitos Homoafetivos -NUDIVERSIS, da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, concluiu que as estratégias que compõem as sentenças que vão definir pelo documento civil, que ele vai chamar de requalificação civil, produzem verdades sobre corpo, cérebros, subjetividades e trajetórias das pessoas transexuais. E vão exercer um papel fundamental na regulação e acesso a uma série de direitos.

O autor, ainda, nos chama a atenção de que o acesso único aos acórdãos não acessa diretamente o acontecimento. No nosso caso, como a análise se dará a partir dos discursos que vão decidir pelo acolhimento ou não do reconhecimento da mudança de nome e redesignação do sexo de cidadão transgênero, importa apurar os discursos empreendidos nessas decisões sobre as identidades dos sujeitos e trazer a seguinte interrogação: Que narrativas se vale o discurso jurídico para sua asserção? Do acórdão poderemos extrair o quanto o relator apagou, ignorou, ou não os fatos narrados nos autos.

Hoje, considerando o processo judicial eletrônico, muitos processos de retificação de registro civil de primeira instância sequer são contemplados com audiência de instrução e julgamento, ocasião em que o autor/autora pode expor suas razões

da demanda de modo mais explícito ao julgador. Oportunidade, também, em que testemunhas, parentes e amigos são ouvidos e advogados se valem da oratória para defender seus posicionamentos e seu/sua cliente.

Na segunda instância é o relator fazendo a sua leitura, sua interpretação dos fatos e, a partir desses e de suas concepções, decidindo. “O que há nesses processos é o Estado falando, e todos os discursos do processo estariam mais propriamente sendo proferidos por eles.”, indica Oliveira; Silva, (2005:249). O Estado produzindo verdade, por mais que discursos não traduzam um recorte único nesta etapa, pois que há sempre uma decisão colegiada de 3 (três) desembargadores.

Essa distância que separa partes, testemunhas, advogados, magistrados e desembargadores não devem ser ingredientes a dificultar e apagar as narrativas do processo judicial inicial, por mais que as releituras subjetivas sejam comuns neste ponto do processo judicial.

Merece destaque, ainda, a observação de Barroso (2014) ao revelar que a resposta pode estar a juízo de valores e crenças subjetivas do julgador.

Os valores pessoais e a ideologia dos juízes influenciam, em certos casos de maneira decisiva, o resultado dos julgamentos. Por exemplo: na apreciação da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionária, a posição contrária à lei que as autorizava foi liderada por um Ministro ligado historicamente ao pensamento e à militância católica (...)

Esses valores estão estrategicamente presentes nos argumentos de ordem biológica que sustentam as decisões contrárias em processos desse tema, revela Ventura (2010:133) e nem por isso se distanciam muito das que são favoráveis, que se utilizam do arsenal médico-científico, a princípio mais flexíveis em relação à moralidade sexual, conclui a autora.

Analisar acórdãos, segundo Coacci (2013:107), pode ser instrumento rico nas pesquisas das ciências sociais, na medida em que oferecem ao pesquisador uma noção de como esses documentos podem se revelar um importante indicativo para fomentar criação de políticas administrativas ou judiciais para ampliar o acesso e reconhecimento de direitos.

Merhy (2007), ao se debruçar sobre um estudo de processos de produção do cuidado em saúde, em que acena aos profissionais de saúde para uma nova maneira de olhar a vida, cuja possibilidade se paute além dos componentes capitalísticos e na manipulação do outro como mero “objeto”, nos instiga a pensar a prática dos operadores do direito, no sentido de que as reflexões que pretendemos lançar navegam e sugerem infinitas formas de pensar a vida, os sujeitos e as identidades.

Sugere propor ao direito meditar sobre o conhecimento jurídico que tem construído e disciplinado os sujeitos objeto desses acórdãos.

O uso imaginar que os possíveis desenhos de minha pesquisa são os mesmos do autor. A ideia de que a minha prática não deve ser a chave de construção do outro enquanto “objeto”, a partir de verdades eleitas por campos de saberes que regulam as

identidades de gênero, é o ponto de partida para pensar as chaves das portas para além de uma política de vigilância e punição de ser quem realmente se deseja ser. E aqui vale recuperar o brilhante voto da Ministra Cármen Lucia, por ocasião da votação da ADPF 132:

(...) É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito.(...)

Logo, imaginar que o direito pode repensar esse sujeito a partir de uma compreensão compartilhada com outras áreas do saber, e questionar a objetividade da ciência jurídica que reduz o ser humano a mero expectador de seu formalismo excessivo, por si só justifica o sentido de nossa produção.

O olhar caminha exatamente nas in-conclusões que Mehry (2007:22) não fecha no debate ali posto. “Sem essa problematização, de fato, não construímos a possibilidade de um devir social que se pauta pela produção da vida de modo auto-poético e solidário, no sentido do comum que todos somos.

Começo este artigo invocando a quem os sinos dobram, e não foi em vão. A justiça idealizada há mais de 50 anos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, já havia sido morta lá atrás pelo camponês de Florença, escreveu Saramago, e continua a morrer a cada dia. Os sinos de hoje, porém, são outros, provocam a justiça, os poderes constituídos e pugnam por direitos às vivências, às experiências, às diferenças e à diversidade muito além da máxima essencialista.

Como ativista, meu fazer é dobrar os sinos, como pesquisadora, proponho que ouçamos as badaladas. Sua insistente melodia não revela verdades universais. Que a justiça assim a interprete.

Referências Bibliográficas

AYOUCHE, Thamy. *Quem tem medo dos saberes T?* Psicanálise, estudos transgêneros, saberes situados. Periódicos, Revista de estudos indisciplinados em gêneros e sexualidades. Publicação periódica vinculada ao Grupo de Pesquisa CUS, da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Salvador, n. 5, v. 1, maio-out. 2016.

BARROSO, L. R. Jurisdição Constitucional: *A tênue fronteira entre o direito e a política*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI194782,51045>. acesso em 20 de março de 2016.

BENTO, Berenice. *O que é Transexualidade*. Editora Brasiliense, 2008.

_____. PELÚCIO, Larissa. *Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas*. Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 559-568, Aug.

2012. acesso em 6 março 2016.

BEZERRA JR. *O normal e o patológico: Uma discussão atual*. In A. N. Souza, & J. Pitanguy (Orgs.). *Saúde, corpo e sociedade*, Rio de Janeiro: Ed. UFRJ p. 57-79, 2006.

_____. BITTAR, Carlos A. *Os Direitos da Personalidade*. 8ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2015.

BUTLER, Judith. *Desdiagnosticando o Gênero – Undiagnosing gender*. Tradução André Rios; Universidade da Califórnia, Berkeley, EUA. Disponível em Physis: Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, v. 19. n. 1, 95-126. 2009.

CAMPOS, Gastão Wagner de Souza Campos. *Saúde Pública e Saúde Coletiva: Campo e Núcleo de Saberes e Práticas*. Sociedade e Cultura, v3, n 1 e 2, p.51-74, 2000.

COACCI, Tiago. *A pesquisa com acórdãos nas ciências sociais: algumas reflexões metodológicas*. Mediações – Revista de Ciências Sociais. Londrina v. 18. n. 2. 2013.

COSTA, Jurandir Freire. *A medicina como projeto social: controle dos corpos e sexos*. In Saúde, Corpo e Sociedade. Alicia Navarro de Souza e Jacqueline Pitanguy (orgs.), Editora da UFRJ, 135/143, 2006.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade* v.1 Vontade de Saber, 20ª reimpressão, Edições Graal Ltda, 2010.

_____. *Microfísica do Poder*. 2ª Edição. Ed. Paz e Terra. 2015

_____. "Aula de 17 de março de 1976" In: ___. Em defesa da sociedade. São Paulo: Martins Fontes, p.295 2005.

FREIRE, Lucas. *A Máquina da Cidadania: uma etnografia sobre a requalificação civil de pessoas transexuais*. Dissertação de Mestrado em Antropologia Social, Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

LANZ, Leticia. *O corpo da roupa: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero*. Dissertação de Mestrado em Sociologia – Setor de Ciências Humanas da Universidade Federal do Paraná.– Curitiba, 2014

MERHY, E E. *Gestão da produção do cuidado e clínica do corpo sem órgãos*: novos componentes dos processos de produção do cuidado em saúde. desafios para os modos de produzir o cuidado centrados nas atuais profissões. Universidade Federal Fluminense. Instituto de Saúde da Comunidade Pós-Graduação em Saúde Coletiva, 2007.

NUNES, Everardo Duarte, *Saúde Coletiva: história e paradigmas*. Interface, Comunicação, Saúde, Educação. nº 3. 1998.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. *Isto é contra a natureza?* Decisões e discursos sobre conjugabilidades homoeróticas em tribunais brasileiros. Tese (doutorado)

- Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas, Florianópolis, 2009.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SILVA, Virgínia Ferreira da. *Processos judiciais como fonte de dados: poder e interpretação*. Sociologias, Porto Alegre, ano 7, n. 13, p. 244-259, jan./jun. 2005.

PARAÍSO, Marlucy Alves, *Metodologia de pesquisas pós-críticas em educação e currículos: trajetórias, pressupostos, procedimentos e estratégias analíticas*. In MEYER, D. E. & PARAÍSO, M. A (orgs.). *Metodologias de pesquisas pós-críticas em Educação*. Belo Horizonte: Mazza Edições Ltda. p.31/32, 2014.

PHILIPPI JR, Arlindo e NETO, Antonio J. da Silva, in *Interdisciplinaridade em Ciência, Tecnologia & Inovação*. 1ª Edição. Barueri-SP, Manole. 2011.

RUSSO, Jane. *Do corpo-objeto ao corpo-pessoa: desnaturalização de um pressuposto médico*. In Saúde, Corpo e Sociedade. Alicia Navarro de Souza e Jacqueline Pitanguy (orgs.), Editora da UFRJ, 183/203, 2006.

SCHRITZMEYER, A.L.P. *Sortilégio de saberes: curandeirismos e juízes nos tribunais brasileiros (1900-1990)*. São Paulo. IBDCRIM. 2004.

SARAMAGO. José. *Da democracia à Justiça*. Passando pelos sinos. Disponível em <http://www.revistaforum.com.br/2011/10/17/> acesso em 02/07/2016.

STERLIN-FAUSTO, Anne. *Dualismo em Duelo*. Cadernos Pagu (17-18) 2001-02, p 9/79

SPINK, M J. BRIGADÃO J, NASCIMENTO V, CORDEIRO M. org. *A produção de informação na pesquisa social: compartilhando ferramentas*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais. 2014.

TENÓRIO, L. F. P. e PRADO, M.A.M. Periódicus, *Revista de estudos indisciplinados em gêneros e sexualidades*. Publicação periódica vinculada ao Grupo de Pesquisa CUS, da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Salvador, n. 5, v. 1, maio-out. 2016.

VENTURA, Miriam. *A transexualidade no Tribunal: Saúde e Cidadania*. EDUERJ. Rio de Janeiro. 2010

LISTA DE ACÓRDÃOS PESQUISADOS

ADPF 132 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Apelação Cível nº 328.005-4/0-00 – 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP

Apelação Cível nº 209.101.4/0 – 1ª Câmara Direito Privado TJSP

Apelação Cível nº 86.851.4/7 - 5ª Câmara de Direito Privado do TJSP

Apelação Cível nº 0074021-08.2010.8.26.0224 – 5ª Câmara de Direito Privado do TJSP

PARA UMA COMPREENSÃO QUEER DA ARENA JURÍDICA: A NARRATIVA AUTOBIOGRÁFICA COMO MÉTODO DE INVESTIGAÇÃO

Sávio Barros Sousa¹

RESUMO: Antes de buscar resolver qualquer questão prática, esse trabalho tem como principal objetivo fazer uma defesa da utilização do método narrativo, como ferramenta de pesquisa qualitativa, em uma área específica do conhecimento. Não é uma resposta a nenhum autor específico ou um contraponto aos teóricos *queer*. Em que pese as críticas à utilização das narrativas pessoais para as questões que envolvem gênero e sexualidade, faço aqui uma defesa da importância das narrativas epistêmicas subalternas. Ou seja, que provocam um deslocamento do ponto onde gravita a arena jurídica, para novos pontos, ampliando os limites de respostas institucionais às carências, necessidades e precariedades desses sujeitos excluídos. Apoiado em diversos autores como Judith Butler e Gayatri Spivak, meu objetivo é demonstrar, teoricamente, a necessidade desses deslocamentos e como o método narrativo, ao desvelar essas vozes silenciadas, pode se mostrar uma ferramenta de desconstrução importante nesse processo.

Palavras-chave: sexualidade, gênero, método, *queer*, narrativa

ABSTRACT: Before pursuing a resolution for any practical matter, this work aims mainly to make a defense of the use of narrative method, as a tool of qualitative research, in a specific area of knowledge. It does not constitute a response to any specific author or a counterpoint to *queer* academics. In spite of the critics to the use of personal narratives for matters concerning gender and sexuality, I aim, here, to defend the importance of the epistemic subaltern narratives. Those are the ones that promote a shift on the gravitational point orbited by the legal arena, in direction of new points, amplifying the limits of the institutional responses to the deficiencies, needs, and precariousness of those excluded individuals. Supported by several authors, such as Judith Butler and Gayatri Spivak, my goal is to demonstrate, theoretically, the need for those shifts as well as the way in which the narrative method, while revealing those silenced voices, might constitute an important tool of deconstruction in this process.

Keywords: sexuality, gender, method, *queer*, narrative.

1. Introdução

¹ Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito Humanos e Cidadania da UnB, Brasil, saviobarros@outlook.com

Ao considerar as materialidades de pessoas LGBT, ou seja, suas vivências e experiências, faz-se necessário investigar sob quais aspectos, conjunturas e influências a proteção destes sujeitos é compreendida em diversos campos. Esses campos se constituem desde as correlações de forças no jogo democrático até a compreensão que as religiões e outras ideologias e doutrinas de pensamento fazem das categorias de gênero e sexualidade.

Pensando sob esse prisma, e dentro do campo da conquista e efetivação de direitos, esse trabalho investiga algumas compreensões sobre o ordenamento jurídico e seu papel na proteção dos sujeitos LGBT, construídas sobre algumas perspectivas teóricas que, de alguma forma, dialogam com as existências e materialidades destes sujeitos. Optou-se por efetuar uma investigação *queer*², a partir das possibilidades metodológicas da narrativa aplicada ao campo jurídico e as possibilidades que alguns autores e autoras, identificados na tradição desse pensamento ou que a ele se alinham, observam dentro da arena dos direitos para estas populações.

A arena do Direito se constitui como último bastião da proteção dos interesses coletivos de grupos minorizados e subalternizados, ainda que de forma ineficaz e obedecendo aos ditames de forças muitas vezes contrárias a proteção e efetivação de direitos para pessoas LGBT, essa arena não pode ser ignorada pela comunidade, por militantes ou por acadêmicos. Neste sentido, o Brasil apresenta um caso interessante que deve ser considerado nessa análise pela diversidade de atores que agem nesse conjunto.

Com uma história peculiar quando se lida com a questão dos direitos, o Brasil observa hoje um renascimento de ideologias contrárias à efetivação e reconhecimento de direitos para pessoas LGBT. Essas manifestações de pensamento ocorrem em diversos níveis da sociedade e são o substrato para os conflitos que dela decorrem: das manifestações públicas de contrariedade, levadas a cabo por pessoas comuns em passeatas e manifestações em defesa da “família” e de valores tradicionais; até nas falas públicas de parlamentares e na efetiva atividade parlamentar, como a criação de projetos de lei que visam apenas restringir e retirar direitos historicamente conquistados por estas populações.

Sendo assim, impossível construir um panorama sobre a situação dos direitos de pessoas LGBT, sem congregar uma dupla análise. Essa análise deve compreender as dinâmicas da sociedade brasileira, as relações sociais que os diversos grupos estabelecem entre si e com outros grupos, seus afetos e seu entendimento sobre as questões de gênero e sexualidade e uma análise das respostas institucionais a esses anseios, tanto dos e das LGBT quanto da parcela contrária ao reconhecimento e a efetivação destes direitos, em outras palavras, como a política, a economia e as relações sociais no geral criam uma compreensão sobre esses sujeitos, sobre suas identidades éticas, estéticas, políticas e propõe mecanismos de subjetivação (PAIVA, 2006, p. 163).

O método genealógico, desenvolvido por Michael Foucault (FOUCAULT,

² O termo *queer* é uma gíria ofensiva de origem norte americana e dirigida aos homossexuais e pessoas transgênero. O termo foi apropriado e passou a se referir a um campo de estudos das epistemologias que estão fora da experiência da norma heterossexista e cisgênera.

2014, p.267), é de grande valia, posto que as experiências e vivências de sujeitos ainda são menosprezadas, compreendidas como meros produtos da política, da economia e das macro-relações de poder, derivados destas visões totalizantes de conceber a realidade. Em contrapartida, o método genealógico alinha os conhecimentos subalternos, hierarquizados de forma inferior pelos métodos clássicos cartesianos, como alimento da crítica possível à política, à história, à economia, ao direito, ou seja, atingindo o ponto cego destes campos, o ponto que está além das fronteiras de seus métodos clássicos.

Entretanto, a própria Butler argumenta que existe espaço para uma subversão dos discursos de ódio, compreendendo aqui a lei “ruim”, ou o “mal direito”, que pode ser alcançada pelos próprios meios do discurso. A questão a ser tratada aqui é: como a pesquisa narrativa pode auxiliar para uma nova compreensão da arena dos direitos LGBT? O que as epistemologias subalternas, desveladas por meio de suas narrativas, podem dizer sobre os direitos?

2, A questão queer e o Direito

O pensamento *queer* parte de uma crítica da heteronormatividade que permeia as relações sociais e as instituições repressivas, por tanto, o próprio Direito e seus diversos mecanismos de expressão não escapam a uma crítica de seus conceitos mais básicos. Berenice Bento afirma que as leituras pela ótica *queer* se propõem a redimensionar a relação com diversos marcadores da existência humana como o sexo, gênero, sexualidade e corpo (BENTO, ANO, p. 21-22), questionando sua construção limitada por uma sociedade normativa e “cisheterossexista”³. Na arena jurídica, do conceito corrente de lei, aparente exercício do senso comum, até um conceito mais complexo, como ordenamento jurídico, podem ser abarcados por uma “lente de aumento” *queer*.

Sara Salih, comentando o pensamento de Judith Butler, afirma que a “lei” não tem grande validade como mecanismo de proteção, uma vez que compõe o discurso de Estado, o discurso oficial, sendo esse também fruto dos discursos de seus agentes (políticos, administrativos), uma vez que em muitos casos o discurso de ódio se torna o discurso oficial, não faria sentido apelar à lei (SARAH, 2015, p.145).

Contudo, as possibilidades que as ferramentas extraídas do campo jurídico apresentam não podem ser ignoradas, pois repercutem em esferas da sociedade que efetivamente resolvem ou criam problemas para os sujeitos subalternos. Em obra posterior, ao identificar a vontade como norma definidora da condição humana e, portanto, a subjugação da vontade como processo inevitável de humanizar-se, Butler admite que se faz necessária uma separação entre essa dimensão da condição humana, que é inevitável, e “suas condições socialmente contingentes e reversíveis de outro” (BUTLER, 2015, p.138). A criação de normas deve minimizar essas condições de

³ A palavra não é utilizada pela autora e de fato é um neologismo que tenta abarcar em uma única palavra três dimensões das disciplinas sociais sobre os corpos e as subjetividades: cisgeneridade, cuja processo de dominação é calcado na identidade de gênero; heteronormatividade, que reifica as relações heterossexuais como normais em detrimento de outras formas de desejo; e o sexismo que traduz o processo de hierarquização entre os gêneros.

subjugação que se inscrevem na esfera social.

Como o pensamento *queer* pode redimensionar os limites apresentados pelo Direito, no que se refere aos direitos de pessoas LGBT, e as diversas faces que assume (reflexos sociais e institucionais) para possibilitar uma subversão inscrita dentro da própria norma? Por muito tempo a resposta a essa questão se deu dentro da representação e das políticas indenitárias.

A reafirmação de uma igualdade na diferença entre grupos (abordagem ontológica) e que estas necessidades eram específicas destes se demonstrou uma estratégia eficaz em diversas áreas. Questões como o combate a AIDS entre homens gays e pessoas travestis e transexuais que trabalham com a prostituição, bem como o casamento civil igualitário são conquistas sérias e que repercutem positivamente no campo dos direitos e das ações afirmativas. Entretanto, autores *queer* identificam alguns problemas nessas abordagens, sendo necessário que, de alguma forma, se alarguem as compreensões de diferença e igualdade para além de uma identificação ontológica entre sujeitos.

A necessidade aqui é desprivilegiar as abordagens identitárias, que determinam o direito como fim, e constituir uma abordagem que questione a construção do direito e sua operacionalidade. Onde buscar inspiração? Eve K. Sedgwick, em “Epistemologia do armário”, aponta os limites da metáfora do armário⁴, ou seja, do processo de assumir-se no espaço público e sua significação para as experiências gays e lésbicas (SEDGWICK, 2007, p.27).

A inspiração que extraio dessa autora é de cunho metodológico. Ao se questionar sobre os discursos produzidos ao redor das identidades de gays e lésbicas, se defronta com a questão da própria construção discursiva sobre a homossexualidade. Em outras palavras, dentro de um sistema coerente, se assim fosse o sistema judiciário americano, essas contradições não deveriam existir. A incoerência nas concepções sobre a homossexualidade expõe uma incoerência interna do próprio sistema de justiça.

Compreendendo essa questão como epistêmica, penso que a construção desse pensamento reflete o problema do Direito. A construção epistêmica que baliza os sistemas de justiça estatais, e isso pode se estender para as instituições como um todo, é estruturalmente⁵ excludente na sua ignorância perversa quanto aos caracteres da diferença. Isso não se aplica apenas a gays e lésbicas, mas a questões de raça, gênero e classes sociais.

3. Ainda em defesa do método narrativo

⁴ Além da interpretação de libertação, a autora aponta que havia uma contradição nas decisões judiciais que analisou, os argumentos demonstraram uma tensão entre o espaço público e o privado, bem como o significado do ato de assumir-se publicamente. Segundo Eve Sedgwick, essa tensão é formativa dos processos de construção das subjetividades de gays e lésbicas.

⁵ Uso estruturalmente aqui como alusão a constituição de um sistema que reflete a força coercitiva do Estado, sem fazer qualquer referência a uma concepção teórica de Estado específica: Maquiavel, Montesquieu ou Niklas Luhmann, só para citar alguns. Entendo que essa crítica vai além de uma compreensão positiva de Estado e abarca de forma ampla qualquer concepção que se tenha sobre como o Estado se constitui.

Como demonstrado acima, o problema do Direito, no que se refere às questões de gênero e sexualidade, é um problema discursivo onde os discursos “oficiais” ainda determinam a forma com que esses problemas serão solucionados ou ignorados pelas instituições. Entretanto, os sujeitos sempre estarão presentes, abarcados pelos discursos ou excluídos, compõem estratégias para o florescimento e cumprimento de suas demandas coletivas. Essas estratégias se apresentam como a própria *desconstrução*, nos termos de Jacques Derrida, das estruturas de poder e dominação (DERRIDA, 1973, p. 30).

Nesse sentido, Richard Miskolci, descreve algumas contribuições de Derrida para a teoria *queer*. A suplementariedade e a desconstrução apresentam possibilidades para a compreensão de como as dualidades heterossexual/homossexual e, incluso aqui outras dualidades como cisgênero/transgênero e branco/não branco, operam dentro das estruturas sociais e jurídicas (MISKOLCI, 2009, p. 153).

Julian Wolfreys, interpretando o pensamento de Derrida, afirma que este autor nunca propôs um método de desconstrução, mas, antes disso, tentou demonstrar que “todas as estruturas repousam sobre um princípio, ideia, conceito centrante ou fundante que, embora nunca examinado como tal, garante a identidade, o significado, o valor da estrutura” (WOLFREYS, 2009, p. 50). Nesse sentido o descolamento possível dentro das normas que a estrutura apresenta é possibilitado pela forma como o olhar se orienta dentro da estrutura a partir do método que o pesquisador propõe utilizar.

São diversos os elementos e que correspondem a esse grande “texto” que é a realidade, para utilizar um termo bem derridiano. Dessa feita, continua Wolfreys, “um texto, uma estrutura, uma ideia, uma instituição, um modelo epistemológico ou filosófico: todos contêm em si próprios aquilo que perturba a, e está em excesso na, serenidade e autoconfiança da plena e simples identidade enquanto tal” (WOLFREYS, 2009, p. 51).

O método que se propõe para análise destes elementos é a narrativa (SIERRA, 2015, p.267), mais do que uma análise crua e isenta dos fenômenos, esse método pode permitir que uma discussão sobre os direitos se construa dentro do campo das epistemologias subalternas, nos termos de Gayatri Spivak (SPIVAK, 2014, p.31), ou seja, tendo como matéria prima as vivências e experiências daqueles que se defendem como sujeito-efeito dos fenômenos sociais frente ao Estado e a maioria da sociedade civil.

O objetivo de uma pesquisa que investiga os mecanismos, a mentalidade e as transformações sociais que possibilitaram o desenvolvimento de uma compressão alargada de direitos para pessoas LGBT (PIOVESAN, 2012, p.261) e outros grupos, é a possibilidade da construção de um contra discurso que não fala apenas o que é conhecimento, mas discute os métodos utilizados para determinar o que é ou não é ciência (discursos que falam sobre raça, classe, sexo, gênero, sexualidade) e propõe novas formas de se compreender a realidade.

É nesse limbo que a teoria *queer* nasce, sem definir efetivamente seus limites, métodos, mecanismos ou objeto, é uma forma de confrontar as formas clássicas de construção do conhecimento e propor meios para uma crítica que expõe os limites, a

falibilidade dos métodos tradicionais, denunciando não apenas o conhecimento em si, mas os métodos para se chegar até o saber.

Em termos metodológicos, Alda Judith Alves-Mazzotti e Fernando Gewandszajder afirmam que na pesquisa concreta coexistem diferentes conhecimentos oriundos de diferentes paradigmas (ALVES-MAZZOTTI e GEWANDSZNAJDER, 2001, p. 143), isso é inevitável, pois o pesquisador não pode ignorar aquilo que foi produzido em momentos anteriores. Nesse sentido as influências sobre os pesquisadores *queer* dos estudos sobre identidade e representação política, originários dos estudos feministas.

4. Considerações finais

Minha ideia final sobre estas colocações é de que os teóricos *queer*, bem como dos pensadores anteriores que influenciaram essa teoria, não estão preocupados em construir uma definição metodológica para a investigação das questões que se apresentavam. Apontar os limites dos métodos e falibilidade das soluções apresentadas era, e, arrisco-me a dizer, ainda é mais interessante.

Nesse sentido as estruturas jurídicas devem apresentar os mecanismos para sua própria *desconstrução*, ainda que o trabalho seja deslocar o eixo epistemológico que fundamenta essas estruturas. Nesse sentido o trabalho sempre será em duas frentes, questionar sobre essa epistemologia que fundamenta a estrutura e a utilização de uma metodologia que permita imposição da questão.

Em uma pesquisa que se propõe perguntas dessa natureza, questionamento epistêmico e o método caminham juntos e não podem ser separados pelo risco de que a resposta não alcance o deslocamento que se propôs a fazer, ou que o método investigativo não possibilite o desvelamento dos discursos subalternos que informam os limites das estruturas investigadas.

Como dito no início, esse artigo é apenas uma defesa da utilização do método narrativo e da permissividade da teoria *queer* quanto às possibilidades metodológicas. O fato é: os sujeitos subalternos encontraram e encontram estratégias coletivas para a superação de sua condição. Cabe ao pesquisador encontrar meios para demonstrar como essas estratégias se dão e como subvertem a lógica das estruturas sociais e jurídicas. Encontrar os pontos dessas estruturas onde os discursos disputam espaço e o peso das narrativas se mostra relevante na forma como as demandas coletivas são colocadas frente o Estado.

No campo do Direito, essas dimensões são especialmente interessantes para se pensar os limites da cidadania, o alcance de políticas públicas, a produção legislativa e a atividade judiciária. Entretanto, como não é o objetivo desse artigo aplicar o método às estruturas jurídico-normativas, essa possibilidade continua em aberto, e, algum dia, pretendo discutir essas questões mais detidamente.

Referências Bibliográficas

ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. *O método*

nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2º ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001.

BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo: crítica da violência ética*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. São Paulo: Perspectiva, 1973.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 28. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

MISKOLCI, Richard. A teoria *queer* e a sociologia: o desafio de uma analítica da normalização. In. *Sociologias*, ano 11, n. 2, Porto Alegre, 2009.

PAIVA, Antonio Cristian Saraiva. Cartografia Psicanalítica da Homossexualidade. In. VALE, Alexandre Fleming Câmara Vale; PAIVA, Antonio Cristian Saraiva (Orgs.). *Estilísticas da sexualidade*. Campinas: Pontes Editores, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALIH, Sara. *Judith Butler e a Teoria Queer*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

SEDWICK, Eve Kosofsky. A epistemologia do armário. In. *Cadernos Pagu* n.28, CIDADADE, 2007

SIERRA, Jamil Cabral. Memórias do sexo – A construção de um itinerário de pesquisa em gênero, diversidade sexual e educação. In. FERREIRA, Aparecida de Jesus (Org.). *Narrativas Autobiográficas de Identidades Sociais de Raça, Gênero, Sexualidade e Classe em Estudos da Linguagem*. Campinas: Pontes Editores, 2015.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?* Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2010.

WOLFREYS, Julian. *Compreender Derrida*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

DAS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS COMO APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS À COMUNIDADE LGBT

Claudio de Oliveira ¹

Valber Elias Silva ²

Sílvia Helena Rigatto ³

RESUMO: Este trabalho aborda a efetivação dos direitos humanos à comunidade LGBT pelo Estado brasileiro sob a perspectiva dos Princípios de Yogyakarta como instrumento norteador na elaboração de políticas públicas no âmbito do governo federal. Para tanto, apresenta o mapeamento de políticas públicas, que, neste artigo, são compreendidas como ações concretas de efetivação dos direitos humanos e promoção da dignidade da pessoa humana a partir dos desdobramentos normativos no âmbito jurídico e político.

Palavras-chave: direitos humanos; comunidade LGBT; Princípios de Yogyakarta; políticas públicas brasileiras.

ABSTRACT: This work discusses the application of human rights to the LGBT community by the Brazilian State from the perspective of the Yogyakarta Principles as a tool guiding the elaboration of public policies at the federal government level. For both, it presents the mapping of public policies in this article are understood as concrete actions in the implementation of human rights and promotion of the dignity of the people human from the unfolding regulatory the legal and the political framework.

Keywords: Human rights; LGBT community; Yogyakarta Principles; Brazilian public policies.

1. Introdução

Este artigo foi elaborado a partir de pesquisa documental, dado a natureza

¹ Aluno de Graduação do 4º Período de Direito da Universidade Federal de Lavras (UFLA), Membro do Projeto de Extensão Identidade e Sexualidade Alternativas (ISA/UFLA) - Brasil - e-mail: oliveira_oliveira18@hotmail.com

² Aluno de Graduação do 3º Período de Direito da Universidade Federal de Lavras (UFLA), Membro do Projeto de Extensão Identidade e Sexualidade Alternativas (ISA/UFLA) - Brasil - e-mail: valberelias@uol.com.br

³ Pós-Doutorado em Desenvolvimento Territorial (UNICAMP), Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras (UFLA) e Coordenadora do Projeto de Extensão Identidade e Sexualidade Alternativas (ISA/UFLA) - Brasil - e-mail: shrigatto@dir.ufla.br

da fonte de coleta de dados em documentos públicos, a saber, levantamento de políticas públicas do governo federal brasileiro para a população LGBT como instrumento de efetivação dos princípios de Yogyakarta.

Para tanto, inicia pela abordagem do aspecto histórico temporal de documentos internacionais sobre o tema até a elaboração dos princípios de Yogyakarta – momento em que se apresenta a história e a definição destes Princípios internacionais que preveem orientações sobre como os Estados-Nações devem proceder em relação à orientação sexual e à identidade de gênero dos cidadãos em seus respectivos territórios.

Na sequência, a abordagem se foca na explicação sobre a natureza jurídica e política dos princípios para demonstrar de que forma a norma jurídica reverte-se em ação por parte do Poder Público e, assim, ganha eficácia social. Nesse sentido, as normas programáticas consubstanciam-se em diretrizes ao Estado, norteando suas políticas públicas como efetivação da cidadania e em atendimentos as demandas sociais, promovendo, assim, o bem-estar e dignidade da pessoa humana. Com isto, chega-se ao foco deste artigo, que é identificar os Princípios de Yogyakarta consolidados e concretizados nas políticas públicas brasileiras em âmbito federal, entre os anos de 2007-2015, voltadas à comunidade LGBT.

2. História e definição dos Princípios de Yogyakarta

Para se compreender o documento de Yogyakarta e seu teor, faz-se importante resgatar alguns momentos e documentos históricos que o antecederam. Desta forma, é possível se delinear as discussões gradativas que o sucedeu e sua importância como princípios jurídicos internacionais de orientações sobre como os Estados-Nações devem proceder em relação à orientação sexual e à identidade de gênero dos cidadãos em seus respectivos territórios.

Assim, o resgate desses documentos parte da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento das Nações Unidas (CIPD) – popularmente conhecida como Conferência de Cairo, realizada na capital do Egito em 1994 – que contou com a presença de cento e setenta e nove países que conjuntamente elaboraram um Plano de Ação que pela primeira vez na história incluiu o termo direitos sexuais e objetivou a promoção dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana. Ainda em 1994, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas analisou o caso *Toonen versus Austrália* e aboliu as últimas normas que proibiam atos sexuais tidos como desviantes por não contemplarem a reprodução (sodomia) no Estado da Tasmânia.

Em 1995, ocorreu a Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres da ONU, que resultou na produção da Declaração e Plataforma de Ação de Pequim, consagrando o direito da mulher à saúde sexual e a igualdade nas relações sexuais e reprodutivas, colaborando para o avanço em questões da sexualidade.

Em 2001, na Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e a Intolerância Correlata, ocorrida na cidade de Durban, África do Sul, o Brasil apresentou uma proposta acerca da discriminação em razão da orientação sexual, por entender que tal ato contribuía para o agravamento

do racismo no mundo. Contudo, esta proposta não foi aprovada e, portanto, também não foi incorporada à Declaração de Plano e Ação da Conferência de Durban.

Novamente, em 2003, o Brasil apresentou à Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (CDH-ONU) proposta sobre direitos humanos e orientação sexual. Todavia, sua votação foi postergada para 2004 e não foi ratificada pela diplomacia brasileira.

É sob essa contextualização política e histórico-documental que surgiram os Princípios de Yogyakarta, elaborados durante a conferência realizada em 2006, na cidade de Yogyakarta, localizada na Ilha de Java na Indonésia, pela Comissão Internacional de Juristas e Serviço Internacional de Direitos Humanos – que contou com a participação de vinte e nove especialistas de vinte e cinco Estados, dentre ele o Brasil, que foi representado por Sonia Onufer Corrêa⁴. O documento elaborado trata de princípios jurídicos internacionais de orientações sobre a forma como devem proceder os Estados-Nações em relação à orientação sexual e à identidade de gênero dos cidadãos em seus respectivos territórios, com vistas à garantia dos direitos humanos da comunidade LGBT. Este documento é composto por vinte e seis princípios e dentre eles encontram-se orientações à promoção do bem-estar, do combate à discriminação, direito à saúde, direito à segurança, direito à vida, dentre outros da comunidade LGBT.

Convém ressaltar a importância de reiteradas contextualizações e releituras dos Princípios de Yogyakarta devido a continuas transformações sociais e do consequente surgimento de novas demandas da comunidade LGBT com vistas a assegurar e promover os direitos humanos sob a égide da igualdade de gênero e sexualidade. No entanto, essa releitura só pode ocorrer desde que respeitada o núcleo da referida carta principiológica. Nesse sentido, Sonia Onufer Corrêa (2009, p. 33) pondera que:

O processo de elaboração envolveu um conjunto muito diverso e plural de grupos e instituições, ampliando a clareza sobre terminologias e normas numa perspectiva que não é exclusivamente legalista. Ao reiterar definições internacionais consagradas, como é o caso da Declaração Universal de Direitos Humanos e convenções posteriores, os Princípios de Yogyakarta “lembram” aos Estados seus compromissos, mas também alargam o conhecimento sobre esses textos na comunidade envolvida com a luta pelos direitos sexuais. Porém, como não se trata de um “documento estatal” negociado, seus conteúdos permanecem abertos à deliberação democrática: podem e devem ser modificados, retraduzidos e reinterpretados sempre quando a espinha dorsal do documento não seja comprometida.

⁴ Pesquisadora associada da Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS (ABIA) e coordenadora do Observatório de Sexualidade e Política, que é um fórum global composto de pesquisadoras/es e ativistas de vários países e regiões do mundo que promovem estudos avaliativos sobre as tendências globais em sexualidade, política e políticas de sexualidade; ativismo político; construção de parcerias estratégicas com atores sociais que atuam no campo dos direitos sexuais nas arenas políticas-chave; publicação de análises das políticas e outros materiais que abordam questões relacionadas às políticas de sexualidade (SPW,2016)

A partir deste breve histórico a discussão deste artigo passa a analisar os princípios de Yogyakarta sob duas perspectivas, a jurídica e a política. Na perspectiva jurídica abordar-se-á o sentido dos princípios e sua finalidade, e no âmbito da política, como normas orientadoras do agir dos poderes públicos e sua conversão em políticas públicas afirmativas e de inclusão.

3. Os Princípios de Yogyakarta no âmbito jurídico e político

Na seara jurídica a conceituação de princípios é responsável por dividir as doutrinas que se utilizam de diversos critérios, tais como: generalidade, abstração, hierarquia, dentre outros. Da mesma forma, os critérios de distinção entre regras e princípios também não são pacíficos pelas doutrinas. Atualmente, tem-se reconhecido que as normas jurídicas se dividem em normas-regras e normas-princípios, ambas detentoras de positividade e vinculatividade no ordenamento jurídico. Todavia, esse reconhecimento nem sempre existiu na história do Direito. Um dos principais doutrinadores responsáveis por atribuir normatividade aos princípios foi Crisafulli, em 1952, lembrado por Bonavides (2004, p. 257), ao sustentar que:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estes efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Em igual sentido doutrinário, Canotilho (2003) também adota o critério qualitativo para diferenciação entre normas-regras e normas-princípios, ao sustentar que:

os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras *normas, qualitativamente distintas* das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (*Zagrebelsky*), a convivência de regras é antinômica; os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deix-

am espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos (Canotilho, 2003, p. 1161-2).

Desta forma, os efeitos dos princípios no âmbito jurídico são os de vincular os Poderes do Estado, orientando o Poder Legislativo na criação de normas infraconstitucionais, norteadores dos Juízes na decisão de caso concreto e na interpretação do ordenamento jurídico vigente e norteadores das ações da Administração Pública na criação de políticas públicas.

Nesse sentido é importante destacar que no âmbito jurídico a norma somente ganha sentido e gera seus efeitos se forem oriundas do fenômeno social, ou seja, conexas e interligadas aos fatos sociais que lhe dão legitimidade. Assim, o Direito deve servir à sociedade regulando-a e sendo instrumento de efetivação das liberdades e não o contrário, cerceando direitos ou sendo instrumentos de regulação autoritária.

Nessa linha de raciocínio, considerando os conceitos de normatividade dos princípios anteriormente abordados, interessa a este artigo o seu caráter programático, ou seja, valorativo e norteador dos programas e políticas públicas elaboradas pelo Poder Público e que tem a função de fornecer as diretrizes para ações estatais, em prol do interesse comum e da promoção do bem-estar da população e da dignidade da pessoa humana. Como bem afirma Paulo Bonavides (2004), a norma programática vincula comportamentos públicos futuros e vincula o desdobramento da ação legislativa dos órgãos estatais e, materialmente, regulamenta uma ordem de relações.

No âmbito da política, portanto, para que se tenha efetivação dessas normas, há a necessidade de que haja interesse e intervenção do governo, pois são os governantes os detentores da capacidade da efetivação dessas normas.

A efetivação de tais normas, além disso, se dá através da realização de políticas públicas, que aqui são compreendidas como uma busca a resposta de uma demanda social ou de um problema social que atinge determinada comunidade, podendo ser de iniciativa governamental ou de iniciativa da sociedade civil organizada (SECCHI, 2014). Ressalta-se que o enfoque do presente artigo é em políticas públicas no âmbito federal.

Os políticos, que são os integrantes do governo e responsáveis pelo desenvolvimento das atividades do Poder Legislativo e Executivo, são um dos segmentos responsáveis – direto e imediato da administração pública – pela elaboração de políticas públicas na busca por representar seus eleitores em seus respectivos territórios (SECCHI, 2014). Assim, através de demandas apresentadas pela sociedade civil organizada, faz-se com que haja pressão social aos políticos eleitos na tentativa de buscar uma solução aos problemas surgidos. Por política pública deve-se entender a capacidade de resolução de um problema social de caráter coletivo relevante, isto é, de que não se trata de qualquer tipo de demanda social de caráter mais isolado, sob risco de se perder a visibilidade e a função (SECCHI, 2014).

Para que haja a elaboração de políticas públicas deve-se identificar, inicialmente, o problema de interesse público ou de interesse de grupos ou segmentos so-

ciais, que se traduz na “discrepância entre o *status quo* e uma situação ideal possível” (SECCHI, 2014, p. 44). O estudo de identificação de problemas se dá pelos agentes políticos, seus partidos e as organizações civis. Se a demanda é reconhecida como um problema social, então ela entrará na lista de prioridades, conhecida por agenda. Em sequência, dá-se início a formulação de alternativas, que estipulará uma combinação de soluções. Essa formulação se dá após elaborar objetivos e estratégias e após se ter uma análise das consequências, e dos custos benefícios oriundos das alternativas de solução. Quando se determina os objetivos, os analistas e os políticos deverão se manifestar sobre o que esperam do resultado das políticas públicas que serão promovidas (SECCHI, 2014).

Posterior a essa etapa, sucede a tomada de decisão, que é o “momento em que os interesses dos autores são equacionados e as intenções (objetivos e métodos) de enfrentamento de um problema público são explicitadas” (SECCHI, 2014, p. 51). É nesta fase que são analisados os melhores caminhos a serem tomados, aqueles que demonstram um maior custo benefício para que haja a execução, que seria sua implantação e que se obtenha resultados positivos.

E esta é a etapa que interessa a este artigo, ou seja, a etapa de implantação de políticas públicas – classificada como a quinta etapa do ciclo de políticas públicas – pois é na sua implantação que se verifica os resultados concretos das normas jurídicas. Segundo Secchi (2014), os “elementos básicos de qualquer análise sobre o processo de implementação são pessoas e organizações, com interesses, competências [...] e comportamentos variados” (SECCHI, 2014, p. 57).

A partir da compreensão da conversão de princípios jurídicos em políticas públicas é que se pode iniciar o levantamento das interventivas que partem do ordenamento jurídico brasileiro para buscar a efetivação de direitos garantidos nos Princípios de Yogyakarta que visam a inclusão e promoção da cidadania da população LGBT.

4. A efetivação dos Princípios de Yogyakarta nas políticas públicas brasileiras

Este tópico traz o levantamento das políticas públicas brasileiras implantadas no âmbito do governo federal, no que diz respeito aos direitos das pessoas LGBT's. Este levantamento se deu em observação aos Princípios de Yogyakarta – do qual o Brasil é signatário – e que oferece orientações aos Estados sobre como devem proceder em relações as questões que envolvem orientação sexual e de identidade de gênero, ressaltando que apenas a fase de implantação será por ora apresentada. Para tanto, realizou-se pesquisa documental para identificar políticas públicas que se enquadravam nas orientações dos Princípios de Yogyakarta, realizadas a partir de 2007 até o ano de 2015.

A primeira política pública identificada foi o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transsexuais, elaborado por Comissão Técnica Interministerial, que se propõe a orientar a construção de políticas públicas de inclusão social e de combate às desigualdades para a população LGBT, primando pela intersetorialidade e transversalidade na proposição

e implantação dessas políticas. Possui como base as diretrizes e preceitos éticos e políticos que visam à garantia dos direitos e do exercício pleno da cidadania. O referido Plano foi assinado pelo então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, pela Secretaria de Direitos Humanos, em maio de 2009 (BRASIL, 2009).

A segunda política pública encontrada foi o Programa Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH3). Esse programa consolida orientações para que se concretize a defesa e a promoção de Direitos Humanos no país a partir de ações articuladas entre o governo e a sociedade civil, o que propõe uma base para que esse programa se torne uma política de Estado. Esse programa foi implantado no país pelo decreto 7.037, de 21 de dezembro de 2009 (BRASIL, 2009).

A terceira política pública encontrada foi a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT) para ser implantada no Sistema Único de Saúde (SUS). A referida política demonstra auxílio na luta contra HIV/AIDS, com enfoque na população LGBT, possuindo caráter transversal, o que afetará todas as áreas do Ministério Público de Saúde (BRASÍLIA, 2010).

É importante mencionar também as diversas ações do Governo Federal, que foram oriundas destas políticas públicas, que concretizem as propostas dos Princípios de Yogyakarta. Essas questões, a título exemplificativo, permeiam desde meios específicos de denúncia para crimes contra a comunidade LGBT, bem como a realização de campanhas e ações educativas, para que se haja uma desconstrução de estereótipos de gêneros, além de políticas afirmativas que buscam a promoção de respeito às identidades de gênero, tais como direito de constituir família, e de realizar união civil reconhecida pelo estado e também a permissão e a utilização do nome social das pessoas travestis e transexuais.

Esse último direito citado, qual seja, a permissão do uso do nome social, foi autorizado em âmbito federal direto, o que se consubstanciou numa conquista concreta e benéfica às pessoas travestis ou transexuais que podem, a partir de então, requerer a mudança do nome dos registros de documentos oficiais e dos registros de informação de órgãos e entidades da administração pública federal direta, conforme estabeleceu o Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016 (BRASIL, 2016).

Entretanto, o levantamento das políticas públicas aqui apontadas demonstra a necessidade de avanço com relação à criminalização de atos atentatórios contra a vida da população LGBT, pois até os dias atuais o legislativo brasileiro ainda não aprovou qualquer projeto de lei que criminalize a homofobia. Convém ressaltar que o Brasil configura-se entre o país com o maior índice de homicídios da população LGBT, no que tange a orientação sexual de pessoas travestis e transexuais.

O Brasil é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo. Entre janeiro de 2008 e março de 2014, foram registradas 604 mortes no país, segundo pesquisa da organização não governamental (ONG) Transgender Europe (TGEU), rede europeia de organizações que apoiam os direitos da população transgênero. (EBC Notícias, 2015).

Para agravar ainda mais a situação sócio-política das pessoas LGBTs, também não houve até o presente momento a aprovação de lei que regule a união afetiva que não atenda aos padrões heteronormativos estatal.

Nesse sentido, o papel do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil tem sido de grande relevância, ao incorporar a causa LGBT em suas ações e convocou um grupo de juristas e Comissões da Diversidade Sexuais por todo o Brasil. Houve, então, a elaboração do Estatuto da Diversidade Sexual, que, levando em conta que será apresentado por iniciativa popular, depende de um milhão e meio de assinaturas. No site oficial indicado pela advogada Maria Berenice, encontra-se uma Petição Pública que indica cerca de 32.727 assinaturas.

5. Considerações finais

Os Princípios de Yogyakarta expressam relevante sucessão de conquistas históricas à comunidade LGBT ao consagrarem interpretações e recomendações aos Estados-nações com objetivo de promover o bem-estar e a dignidade da pessoa humana desta parcela da população brasileira. Em realidade, tem-se a generalidade dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana – este último conceito entendido como abstrato e de difícil concretização e eficácia social – estendidos e aplicados à comunidade LGBT.

Os Princípios de Yogyakarta são fundamentais para que se alcance uma efetivação dos Direitos Humanos e da dignidade da pessoa humana da comunidade LGBT por se tratar de orientações mais objetivas e concretas aos governantes. Ao se respeitar e buscar as mudanças propostas a partir dos princípios elencados em tal documento, normas jurídicas se tornam ações concretas através de políticas públicas, viabilizando e efetivando a dignidade da pessoa humana LGBT.

É importante salientar que a busca por direitos não cessa jamais no âmbito da esfera pública governamental, considerando as complexas relações sociais de onde emergem conflitos e demandas por direitos.

Este artigo foi um pequeno recorte e inicial a uma incursão sobre políticas de promoção dos direitos LGBT no âmbito do governo público brasileiro. Numa próxima oportunidade pretende-se verificar como essas políticas estão se dando no âmbito privativo das empresas governamentais e privadas.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 88

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

BRASIL. Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. Publicado no DOU de 22.12.2009. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm>. Acesso em: 26 out. 2016.

BRASIL. Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Publicado no DOU de 29.04.2016. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8727.htm>. Acesso em: 26 out. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Brasília: 2010. Acesso em: <www.abglt.org.br/docs/PoliticaNacional_SaudeIntegral_LGBT.pdf>. Disponível em: 26 out. 2016.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos - SEDH. Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBT - Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Disponível: <www.arco-iris.org.br/wp-content/uploads/2010/07/planolgbt.pdf>. Acesso em 26 out. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CORRÊA, Sonia O. *O percurso global dos direitos sexuais: entre “margens” e “centros”*. 2009. Disponível em: <http://tpubrasil.org/wp-content/uploads/2016/07/Correa_2009_O-percurso-global-dos-direitos-sexuais.pdf>. Acesso em 25 out. 2016.

Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. Durban, 2001. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/2001%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20adotado%20pela%20Terceira%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20contra%20o%20Racismo,%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial,%20Xenofobia%20e%20Formas%20Conexas%20de%20Intoler%C3%A2ncia.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2016.

DIAS, Maria B. *Estatuto da Diversidade Sexual*. Disponível em: <<http://www.estatutodiversidadesexual.com.br/p/estatuto.html>>. Acesso em: 10 out. 2016. Petição pública. Disponível em: <<http://www.peticaopublica.com.br/pview.aspx?pi=EDS>>. Acesso em 10 out. 2016.

Eu Trans, quero te mostrar quem sou. Marieta Cazzaré – Repórter da Agência Brasil, matéria disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-11/com-600-mortes-em-seis-anos-brasil-e-o-que-mais-mata-travestis-e>>. Acesso em 26 out. 2016.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de A. *Fundamentos de metodologia científica*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Petição pública. Disponível em: <<http://www.peticaopublica.com.br/pview.aspx?pi=EDS>>. Acesso em 10 out. 2016.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

Texto Integral da Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/declaracao_pequim.pdf>. Acesso em 26 out. 2016.

O ESTATUTO DA FAMÍLIA NO BRASIL E O CÓDIGO DE FAMÍLIA NA NICARÁGUA: O USO DO DIREITO E DA LEGISLAÇÃO NA PERPETUAÇÃO DA OPRESSÃO LGBT EM CONTEXTOS LATINO-AMERICANOS

Gustavo Lemes de Queiroz¹

RESUMO: O seguinte artigo busca compreender as normas contidas no Projeto de Lei nº 6.583, do Estatuto da Família e na *Ley nº 870*, do Código de Família, legislações brasileira e nicaraguense, respectivamente, que dizem respeito sobre a restrição do conceito de família para casais homoafetivos. Na análise, utilizamos da Legística Material, campo que se debruça sobre a efetividade do conteúdo das normas jurídicas, para entendermos o problema e o objetivo que levaram o legislador a ter o impulso de criar tais normas. Nesse sentido, conclui-se que, em um contexto de avanço internacional, ambas as legislações criam obstáculos para o reconhecimento dos direitos LGBT, senão sua negação. Buscou-se evidenciar, portanto, que o Direito e a Legislação não são neutros e imparciais, mas sim instrumentos de controle que, caso não passem por um controle ainda maior em sua qualidade formal e material, revestirão de legitimidade decisões injustas e preconceituosas.

Palavras-chave: Brasil, *Nicaragua*, Estatuto da Família, *Código de Família*, Direitos LGBT.

ABSTRACT: The following paper seeks to understand the rules that concern the restriction of homosexual couples to the legal concept of family, contained in the Bill nº 6.583, the Family Statute and in the Act nº 870, the Family Code, from Brazil and Nicaragua, respectively. In the analysis, we use the Material Legistics, research field that focuses on the effectiveness of the content of legal norms, to understand the problem and the goal that led the legislators to have the urge to create such standards. In this sense, it is concluded that, in an international context of advance, both laws create obstacles to the recognition of LGBT rights, if not its denial. We attempted to show, therefore, that the Law and the rules are not neutral and impartial, but control instruments, that, if do not pass through an even better control in their formal and material quality, cover with legitimacy unfair and biased decisions.

Keywords: Brazil, Nicaragua. Family Statute, Family Code, LGBT rights

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Brasil. Membro bolsista FAPEMIG do projeto de pesquisa Política para Boa Legislação e Regulação em Ciência e Tecnologia: Avaliação Legislativa do Código de Ciência e Tecnologia. Membro voluntário do Observatório para a Qualidade da Lei, do Projeto de Extensão Diverso UFMG – Núcleo Jurídico de Diversidade Sexual e de Gênero e do Projeto Lex Diversa – Mapeamento, Observatório e Incubadora de Legislação de Pessoas LGBT e Mulheres. E-mail: gustavolemes@hotmail.com.br

*Aquí pasaba a pie por estas calles,
sin empleo ni puesto y sin un peso.
Sólo poetas, putas y picados
conocieron sus versos.*

*Nunca estuvo en el extranjero.
Estuvo preso.
Ahora está muerto.
No tiene ningún monumento...*

*Pero
recordadle cuando tengáis puentes de concreto,
grandes turbinas, tractores, plateados graneros,
buenos gobiernos.*

*Porque él purificó en sus poemas el lenguaje de su pueblo,
en el que un día se escribirán los tratados de comercio,
la Constitución, las cartas de amor,
y los decretos*

Ernesto Cardenal

*Será que nunca faremos senão confirmar
A incompetência da américa católica
Que sempre precisará de ridículos tiranos?
Será, será que será, que será, que será
Será que esta minha estúpida retórica
Terá que soar, terá que se ouvir por mais mil anos?*

*Enquanto os homens exercem seus podres poderes
índios e padres e bichas, negros e mulheres
E adolescentes fazem o carnaval*

*Queria querer cantar afinado com eles
Silenciar em respeito ao seu transe, num êxtase
Ser indecente, mas tudo é muito mau.*

Caetano Veloso

1. Introdução

Brasil e Nicarágua são países que possuem diferenças e similaridades gritantes. Ambos latino-americanos, filhos do imperialismo estadunidense, da colonização luso-espanhola e da igreja católica, sobreviventes de ditaduras e governos populares

que se distinguem em extensão territorial, população e economia. Coincidentemente, suas casas legislativas recentemente registraram o impulso em legislar sobre a configuração familiar, refletindo diretamente na vida de seus cidadãos e cidadãs ao delimitarem o que seria e, por consequência, o que não seria uma família.

Quando analisamos uma legislação e um projeto de legislação (já que o Estatuto da Família no Brasil, até o presente momento, ainda se encontra “aguardando deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados”²) se faz necessário pensar em como a lei é feita, e, desta maneira, qual foi o problema identificado e como o legislador chegou à conclusão de que a lei era a melhor solução possível para resolvê-lo. Visto que estamos estudando dois países que proclamam a si mesmos como democráticos, percebemos que, caso o legislador não se atente a diversos fatores importantes, o espaço entre o problema identificado e a solução encontrada pode ser ocupado por diversas ações que correm o risco de ser antidemocráticas, injustas e ineficientes.

O conceito de família, caro para a sociedade como um todo, é de grande importância para as pessoas LGBT, sendo uma das pautas sempre presentes nos seus movimentos sociais mundo afora. Nas duas legislações presentes neste trabalho, o conceito de família proposto exclui aquelas compostas por casais de gênero e sexualidade dissidentes, partindo de uma visão biologizante do sexo e naturalizante da heterossexualidade.

Este trabalho tem como objetivo, portanto, analisar como se deu o impulso para legislar nesta matéria para cada um destes países, assim, decifraremos se o Direito, nos últimos anos, tem sido encarado como uma ferramenta para a emancipação ou um instrumento para a opressão, principalmente daquelas pessoas que se encontram marginalizadas social, político e economicamente em suas sociedades.

Como demonstram os versos compostos por dois grandes artistas latinos, esperamos o dia em que o Estado seja concebido para além dos interesses e necessidades daqueles que possuem o poder econômico, social e político, mas também para o povo como um todo. Que a inclusão atinja os índios, padres, bichas, negros, mulheres, adolescentes, poetas e putas, ou seja, todos os inveterados “pecadores” de sociedades moralistas e desiguais.

2. A população LGBT no Direito Brasileiro e Nicaraguense

A maneira como a sociedade apreendeu a homossexualidade nos últimos séculos cristalizou sentidos e sentimentos sobre os homossexuais. Como leciona o Professor Alexandre Soares, isso se dá a partir da familiaridade com que cotidianamente são relacionados a eles adjetivos como “doentes”, “anormais”, “pervertidos” e “criminosos”, por exemplo (SOARES, 2012, p. 112).

Na Nicarágua, em 1992, surgiu um forte movimento que, por meio do artigo 204 do Código Penal da Nicarágua de 1974 (*Código Penal de la República de Ni-*

² Exatamente como descrito no site da Câmara dos Deputados. Para ver mais, acesse: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>

caragua), conquistou a criminalização da prática de “sodomia” que induza, promova, propague ou pratique de forma escandalosa a relação sexual entre pessoas do mesmo sexo. Após diversas tentativas de oposição a essa lei pelos movimentos sociais nicaraguenses, foram omitidos do novo *Código Penal de la Nicaragua*, em 2007, os crimes de sodomia que existiam anteriormente. Em 2006, por exemplo, a ONG *Amnesty International* veiculou um documento³ denunciando o risco que as pessoas LGBT corriam na Nicarágua, pedindo que, à época, fossem enviadas cartas argumentando porque as relações homoafetivas não deveriam ser criminalizadas para o Presidente da República, o Ministro de Relações Exteriores e o Presidente da Assembleia Nacional.

No Brasil, contudo, desde 1830 a sodomia não é criminalizada para a população civil, pois, influenciado pelos Código Penal Francês de 1791 e o Código Napoleônico de 1810, Dom Pedro I eliminou todas as referências a este crime do Código Penal Imperial (GREEN, 2000). No entanto, para a infelicidade das pessoas LGBT, foi mantido o crime de indecência, que, à mesma época, colocou na mão da polícia o poder arbitrário de definir quais atos se encaixavam ou não nesta conduta típica, tendo sido frequentemente utilizada para extorsão de indivíduos deste grupo (GREEN, 2000). E, atualmente, convive-se com as uniões homoafetivas com igual status de casamento ou união estável, com a pacificação da adoção homoparental e com o contínuo avanço, por meio de legislações estaduais e municipais, da promoção de ações que visam diminuir a discriminação contra a população LGBT.

Em uma análise feita pelo Pew Research Center⁴, 45% da população brasileira é a favor do casamento igualitário, enquanto 48% são contra. Na Nicarágua o dado é ainda mais alarmante e grave, apenas 16% da população é a favor, em face de 77% contra o casamento. Da população analisada, em ambos os países a proporção de protestantes contra o casamento igualitário é superior à de católicos. O discurso que embasa a justificação deste posicionamento, de líderes e membros fundamentalistas dessas religiões, que se baseiam no fato de que “pessoas LGBT e suas respectivas uniões desafiam as estruturas normativas sobre as quais as crenças religiosas fundamentalistas se sustentam, como a repressão sexual e a heterossexualidade compulsória” (MESQUITA; PERUCCHI, 2016, p. 110).

Contudo, para além do preconceito e discriminação disseminados pelo fundamentalismo religioso, outros indivíduos também são responsáveis pela violência contra a população LGBT. No contexto de Estados Democráticos, onde o bem comum, a igualdade, a liberdade e a dignidade humana, são preceitos fundamentais, como demonstra Dworkin, se torna difícil para os indivíduos alegar a não arbitrariedade em relação ao desprezo que sentem contra as pessoas LGBT, pois, caso digam que não é preciso uma razão para tal, demonstram que seu desprezo reflete apenas suas posições pessoais (DWORKIN, 2010, p. 390).

Desta forma, como diz o Professor Marcelo Maciel Ramos, deve ser reconhecido que:

³ Disponível em: <https://www.amnesty.org/download/Documents/72000/amr430012006gen.pdf>

⁴ Disponível em: <http://www.pewforum.org/2014/11/13/chapter-5-social-attitudes/>

[...] se o direito não pode prescindir dos seus aspectos formais, tampouco ele pode ignorar que o conteúdo do modelo de ação que estabelece é produto de uma decisão que é expressão da tradição cultural na qual se insere e que se funda em princípios e fins construídos historicamente. (RAMOS, 2010, p. 73)

Portanto, é preciso estabelecer que, tanto no Brasil quanto na Nicarágua, apesar do intercâmbio cultural com os povos nativos e afrodescendentes, o modelo jurídico, político e econômico foi herdado principalmente dos seus colonizadores, bem como grande parte de seus costumes, de sua moral, e de sua religião dominantes. Portugal e Espanha foram duas das maiores potências mundiais, e, ambos os países carregam uma herança e influência fortíssima da Igreja Católica Apostólica Romana, que, à época, possuía muito mais poder sobre o funcionamento da metrópole e das colônias.

Assim, na política brasileira, a mesma lógica aplicada à crítica da democracia racial pode ser feita à uma democracia religiosa, que mascara a dominância da moral cristã com um discurso da pluralidade e sincretismo religioso neste país formalmente laico. Em um estudo feito por Mesquita e Peruchi (2016, p. 112 e 113) verificou-se “tentativas persistentes de união da religião com a política, ferindo a laicidade do Estado”, em que houve a identificação da “difusão de discursos políticos e religiosos em contextos distintos, ou seja, houve muitas falas religiosas em ambientes políticos e falas políticas em templos”.

O reconhecimento dos Direitos LGBT foi, então, um grande golpe e uma oportunidade para a parcela de políticos que são eleitos por defenderem os interesses mais conservadores nos contextos religiosos, pois perderam a luta que haviam prometido travar e conquistaram diversos eleitores ao declararem como seus principais inimigos os grupos feministas e LGBT. No entanto, por trás destes discursos caricatos encontram-se os mesmos representantes de uma agenda política defensora do capital, do latifúndio, da guerra ao tráfico e dos interesses neoliberais pois, como enfatiza o Professor Leonardo Lani de Abreu:

[...] o propósito comum de todos esses atores é a tentativa de impor ao conjunto da população um projeto de hegemonia fundamentado numa visão de mundo excludente e antidemocrática, na qual mitos como o da meritocracia ocupam posição de destaque. (ABREU, 2016, p. 2)

O voto do Ministro Marco Aurélio, na ADI 4.277 demonstra que o entendimento do STF ainda é favorável para que os direitos LGBT sejam reconhecidos e garantidos, existe, entretanto, a incerteza quanto à qual entendimento irá prevalecer, caso um Projeto de Lei como o do Estatuto da Família, iniciado pelo legislativo, venha a ser aprovado. O que sabemos é que haverá uma grande disputa política entre o judiciário e o legislativo caso isso venha a se tornar realidade.

As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual (DISTRITO FEDERAL, 2011, p. 202)

A Nicarágua foi o espaço de uma das maiores revoluções populares da América Latina, que começando no início de 1960, conseguiu governar o país por onze anos, entre 1979 e 1990, buscando livrar o povo nicaraguense da influência imperialista estadunidense que financiou a ditadura dos Somoza por mais de 20 anos. A Frente Sandinista de Libertação Nacional (FSLN) unia a teologia da libertação e o marxismo em uma “aproximação político e religiosa com “os populares”” (COSTA, 2009, p. 493). No entanto, segundo Salvador Martí i Puig (2016), desde 1990, quando a FSLN perdeu a eleição, a agenda na Nicarágua tem sido marcada pelo neoliberalismo, a qual não foi alterada com a volta do FSLN ao poder, com a vitória de Daniel Ortega, desde 2007. Houve assim, além da manutenção de ações neoliberais, uma aliança aos setores mais conservadores da sociedade nicaraguense, suscitando, por exemplo, a mudança de posição quanto ao aborto terapêutico quando foram criminalizados *todos* os tipos de aborto.

Nesse mesmo sentido, Martí i Puig (2016, p. 240) completa que é muito difícil reconhecer o “novo sandinismo” quando o colocamos em contraposição com o sandinismo revolucionário dos anos oitenta. Segundo ele, surpreendente é a diferença discursiva entre o mote de que a Nicarágua é “cristã, socialista e solidária” estando “unida em fé, família e comunidade” da Primeira Dama, Rosario Murillo, e as proclamações revolucionárias e antiimperialistas dos nove Comandantes da Revolução, onde “o operário, camponês, mineiro, empregado e outros ingressam na luta também como membros de um povo desprezado por suas características culturais e raciais” (IANNI, 1987, p. 37).

É perceptível que Nicarágua e Brasil evoluíram cada um a seu modo ao reconhecer alguns direitos das pessoas LGBT. A Nicarágua, para os LGBT, deu recentemente o grande e atrasado passo quando descriminalizou as relações homoafetivas, saindo do grupo de 37% de países que ainda o fazem e incluindo-se nos restantes 63% de países do globo, segundo análise da *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association* (ILGA). No entanto, ainda não assegurou a igualdade em relação às uniões heteroafetivas, nem o direito à adoção, nem grandes políticas públicas voltadas para o combate da discriminação e violência LGBTfóbica. Ao contrário do Brasil, que conseguiu reconhecer tais direitos, mas que, com o grande enfoque dado ao tema nos últimos anos, passou a conviver com o recrudescimento do debate, que busca o retrocesso dos direitos garantidos, e com a forte oposição ao avanço de outras pautas, como a despatologização da transexualidade e o direito ao aborto, por exemplo.

Os dois países, desta maneira, conviveram e convivem com a omissão do legislativo em atuar sobre o direito das pessoas LGBT, em que implícito aos conceitos

e institutos jurídicos subsiste o referencial heteronormativo sob o qual o Direito foi construído.

3. O problema e os objetivos determinados pelos legisladores

Diversos campos do saber se colocam sobre o estudo do Direito, da sociedade e das leis, no entanto, existe um em especial que busca analisar a legislação em seu conteúdo e forma buscando a maior efetividade possível: a Legística. Podendo dividir-se em Legística Formal e Material, sendo a primeira aquela que estuda a maneira como a norma é escrita e sua clareza, em busca de uma maior efetividade de comunicação e conhecimento entre o legislador, a lei e os afetados. A segunda se debruça sobre o conteúdo da lei, bem como sobre o processo que levou à sua criação (SOARES, 2007). Neste artigo faremos uso dos métodos e do ponto de vista da Legística Material para analisarmos a exclusão das famílias LGBT do conceito de família em ambas as legislações.

Em um método proposto por Jean Daniel Delley, professor da Faculdade de Direito de Genebra, para que uma legislação efetiva e de qualidade seja criada ela deve percorrer os seguintes passos: (A) a definição do problema, (B) a determinação de objetivos, (C) o estabelecimento de cenários alternativos, (D) a escolha de soluções, (E) a avaliação prospectiva, (F) a execução, e por final, (G) a avaliação retrospectiva (DELLEY, 2004).

As normas que a todo momento entram no sistema normativo de qualquer país, sempre são prescrições permissivas, proibitivas ou regulatórias que impactam diretamente a vida e a liberdade individual. Desta maneira, se pensarmos que o processo de criação da lei passa, necessariamente, pelo crivo e senso de um agente legiferante, chegamos à conclusão de que a determinação do que é ou não um problema cai nas mãos deste sujeito que, por representar indiretamente a população, tem o poder de alterar algumas⁵ das normas que organizam a vida humana naquela sociedade. Dessa forma, a todo momento, a intenção do Direito não é apenas organizar a sociedade, mas também tornar um dado existente em um dado desejado, ou seja, o ser em um dever ser.

Os conflitos encontrados na sociedade, e, no nosso caso, um que se baseia na determinação de que configuração familiar pode e não pode ser reconhecida pelo Direito, percebemos que assim como leciona Maria Helena Diniz, a solução que o direito encontra para os conflitos é construída “segundo os valores do poder legiferante: assim sendo, ele instrumentaliza a ideologia do legislador” (DINIZ, 2004, p. 337). Focaremos, por conseguinte, apenas nos momentos A e B do método, para que possamos entender se o problema e o objetivo dos legisladores brasileiros e nicaraguenses seguem ou não uma lógica de maior efetividade em uma democracia, já que escolheram como solução a criação de uma legislação, bem como, qual foi a ideologia e as construções sociais que impulsionaram a criação de uma legislação em ambos os países.

⁵ As cláusulas pétreas, por exemplo, não podem ser retiradas da ordem jurídica brasileira.

Segundo Delley, o problema deve ser pensado em sua gênese, estrutura e procedimento, sem que se esqueça da autonomia do legislador. Em um movimento de interpretação, identificação e significação de uma demanda ou fato que necessita de uma possível regulação, o legislador⁶ percebe o problema. Neste momento, diversos setores sociais colocam sua opinião e requerem soluções para o legislador, que deve geri-los levando em consideração que alguns grupos não possuem a mesma capacidade de expressar suas necessidades dentro do campo político, econômico e social como outros, como, por exemplo, as pessoas LGBT, deficientes, idosos e crianças (DELLEY, 2004). Assim, o legislador deve se colocar em uma posição crítica em relação ao problema, atentando-se aos seus elementos constitutivos, buscando desvendar se existe uma “tensão” entre o ser e o dever, bem como sempre definindo qual é sua natureza, causa ou causas, duração, dinâmica, meios envolvidos e consequências, para que seja possível imputar responsabilidade a algo ou alguém, alterando a realidade.

Para o passo B, que diz respeito à determinação de objetivos, devemos perceber que nem sempre as legislações possuem em si mesmas seu objetivo de forma explícita, sendo necessário “descer a hierarquia normativa até o nível dos decretos ou, quem sabe, das circulares” (DELLEY, 2004, p. 117), bem como procurar as declarações dos agentes legisladores a respeito do objetivo que buscam atingir. Por muitas vezes, no entanto, torna-se difícil para o legislador declarar seus objetivos porque, em uma sociedade que possui diversos interesses conflitantes, a expressão direta de qual objetivo se busca atingir pode gerar grandes conflitos e questionamentos acerca da representatividade.

Portanto, o legislador deve ser encarado não como instrumento de vocalização das demandas de seus representados, mas sim representante autônomo, que deve se utilizar de todos os meios que possui para tomar a *sua* decisão. Desse ponto em diante, o agente legiferante deve buscar conhecer o problema que o cerca, chamando especialistas e permitindo que partes contrárias se expressem, para criar uma lei que ultrapasse “os pontos de vista particularistas para expressar uma perspectiva específica do Estado, sob a ótica do interesse público” (DELLEY, 2004, p. 122).

Para além da determinação da eficácia da legislação, também se faz necessário o enfoque à análise da legitimidade desta interferência no campo de liberdade e direitos das pessoas, pois, segundo Dworkin:

Nenhum legislador pode permitir-se ignorar a indignação pública. É um fato que ele deve levar em consideração, que estabelecerá os limites do que é politicamente factível e determinará as estratégias de persuasão e de aplicação da lei dentro desses limites. Mas não devemos confundir estratégia com justiça, nem fatos da vida política com princípios de moralidade política. (DWORKIN, 2010, p. 394)

Portanto, é perceptível que a pressão de fundo moral de diferentes setores da sociedade sobre os órgãos legiferantes não pode ser confundida com a justiça nem

⁶ Que pode ser compreendido aqui como quaisquer atores que tenham alguma competência legislativa.

com a vida política. Ademais, o preconceito, em muitos anos, tem mostrado seus efeitos nos corpos e na vida desses sujeitos. Os dados acerca dos assassinatos cometidos, o histórico legislativo de criminalização, a discriminação diária detectável nos insultos e no humor, as barreiras impostas às suas potencialidades profissionais e de afeto, e todos os meios pelos quais as sociedades marginalizaram e marginalizam essas pessoas testemunham contra elas mesmas no julgamento da sua heteronormatividade e desprezo contra a comunidade LGBT.

O legislador não pode se omitir de legislar quando se faz necessário, no entanto, ainda pior é a entrada de uma norma malfeita ou mal pensada na ordem jurídica, pois esta colocaria erradamente uma limitação na liberdade de todos os indivíduos de uma sociedade, deixando, talvez, de resolver a causa do problema, ou, na pior das hipóteses, focar em outro objeto que é erroneamente eleito como a causa do problema, gerando ainda mais sofrimentos e obstáculos na vida em sociedade. A instauração de uma cultura de boa qualidade no processo legislativo é essencial para um ordenamento jurídico coeso e eficaz, porque o Direito é um instrumento que reveste de legitimidade as decisões que são tomadas, pois, como diz Bourdieu:

O trabalho jurídico, assim inscrito na lógica da conservação, constitui um dos fundamentos maiores da manutenção da ordem simbólica também por outra característica do seu funcionamento: pela sistematização e pela racionalização a que ele submete as decisões jurídicas e as regras invocadas para as fundamentar ou as justificar, ele confere o *selo da universalidade*, fator por excelência da eficácia simbólica, a um ponto de vista sobre o mundo social que, como se viu, em nada de decisivo se opõe ao ponto de vista dos dominantes. E, deste modo, ele pode conduzir à *universalização prática*, quer dizer, à generalização nas práticas, de um modo de ação e de expressão até então próprio de uma região do espaço geográfico ou do espaço social. (BOURDIEU, 1989, p. 245)

Ou seja, ao envolver as decisões judiciais com o selo da universidade, acredita-se veementemente que o campo jurídico é um campo neutro, racional e universal, que busca alcançar o bem social na perspectiva dos dominantes. Desta forma, as infelizes decisões que podem vir a ser encapadas de coercibilidade, imperatividade e generalidade, como são as normas jurídicas, devem ser constantemente relativizadas, como prediz Deley, para que ela não falhe em seu objetivo, tornando-se obsoleta, equivocada, instrumentalizada ou injusta.

Para evitar que as decisões sejam revestidas com a legitimidade democrática falsamente, devem ser trazidas à luz os princípios democráticos, e, para tal, precisamos nos congregarmos em ações que pressionem os legislativos para que sejam construídas medidas que façam com que ele realmente reflita os diversos interesses presentes na nossa sociedade, não apenas os dominantes. Assim, diz Nadia Urbinati:

A representação política transforma e expande a política na

medida em que não apenas permite que o social seja traduzido no político; ela também promove a formação de grupos e identidades políticas. Acima de tudo, ela modifica a identidade do social, uma vez que, no momento em que as divisões sociais se tornam políticas ou adotam uma linguagem política, elas adquirem uma identidade na arena pública de opiniões e tornam-se mais inclusivas ou representativas de um espectro mais largo de interesses e opiniões. (URBINA-TI, 2006, p. 218 e 219)

Porém, em adição, ao mesmo tempo se faz necessário, para além da garantia de representatividade, um constante investimento na construção de instrumentos que impulsionem a pesquisa, a educação e o debate, pois são três eixos que impulsionam a melhoria na qualidade das discussões e da defesa de interesses distintos no âmbito legislativo, por concederem a oportunidade de levar ao conhecimento público sob perspectivas distintas, os problemas, suas causas e seus afetados.

Temos um exemplo de representatividade e diferença de interesses na Nicarágua, por exemplo, que é o país da América Latina com a maior igualdade de gênero na política e o que criminalizou o aborto em *todas* as suas formas, no mesmo lapso temporal (MEZA; TAGAGIBA, 2016, p. 352). Portanto, não é porque uma minoria social se faz representada que os movimentos sociais terão suas pautas representadas também, pois, apesar dos marcadores sociais estarem presentes, a apreensão que cada mulher faz da sociedade é distinta, e, portanto, não se justifica uma decisão legislativa apenas com tal representatividade, pois ela é incompleta, faltando-lhe uma maior representação de interesses conflitantes.

4. Família e adoção: O Estatuto da Família e o *Código de Família*

Ao expormos o texto de diversas normas que dizem respeito ao conceito de família e aos aspectos necessários para a adoção no Brasil e na Nicarágua, iremos discutir como os artigos 37, 238 e 239 do *Código de Família* e o artigo 2º do Estatuto da Família atingiram as pessoas LGBT ao fazermos uma contraposição entre as alterações que cada uma das novas normas busca na ordem jurídica de seus respectivos países.

O artigo 2º do Estatuto da Família, quando colocado em contraste com a Constituição Federal de 1988, demonstra que sua modificação na ordem normativa se preocupa, principalmente, com a manutenção e bem-estar da família composta *apenas* por homem e mulher. Para tal, propõe, no restante de suas normas, para além da exclusão de famílias compostas por casais homoafetivos, por exemplo, a assistência familiar para casos de vícios em drogas e álcool, o apoio às adolescentes prematuramente grávidas, a inclusão da disciplina “Educação para família”, a prioridade nos processos em demandas que coloquem em risco a entidade familiar, bem como a criação de um conselho da família dentro dos entes federados e a interdisciplinaridade das políticas voltadas ao combate da violência, como bem explícita a justificação do projeto.

O *Código de Família*, da Nicarágua, por outro lado, tem base no artigo 71 de

sua Constituição Federal, que prevê a regulação do direito de família por lei especial e assim o faz sem encontrar na Constituição uma definição do conceito de família como o temos no Brasil. A seguir, prestemos atenção de que modo as legislações preterenderam definir o conceito de família em seus respectivos países:

DO CONCEITO DE FAMÍLIA PROJETO DE LEI Nº 6.583 - ESTATUTO DA FAMÍLIA (2013) Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.	LEY Nº 870 - CÓDIGO DE FAMILIA (2014) Art. 37. Concepto e integración de la familia. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de ésta y del Estado. Está integrada por un grupo de personas naturales con capacidades, habilidades y destrezas diferentes, <i>unidas por el matrimonio o unión de hecho estable entre un hombre y una mujer y vínculos de parentesco</i> [grifo nosso]. De igual forma, <i>las familias encabezadas por madres solteras, padres solteros, viudas, viudos, divorciados, divorciadas, abuelos, abuelas, así como por otros miembros de la familia, que ejerzan la autoridad parental</i>, [grifo nosso] gozarán de la misma protección y tendrán los mismos deberes y derechos de solidaridad, respeto, tolerancia y buen trato establecidos en este Código. Los pueblos originarios y afrodescendientes tienen derecho a preservar, mantener y promover sus propios sistemas de familia. <i>El Estado reconocerá, respetará y protegerá las distintas formas de familia originaria y afrodescendiente, en particular la familia extensa</i> [grifo nosso]. El Estado reconocerá en particular el derecho de las familias y los pueblos originarios y afrodescendientes a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijos e hijas, en observancia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
--	--

Quanto aos requisitos para a adoção, o projeto de lei do Estatuto da Família não se posiciona em nenhum momento sobre este instituto jurídico, no entanto, a partir da sua definição do que é família e do que é entidade familiar, pois no Brasil, desde 1988 ambos são considerados sinônimos, identifica-se o interesse em atingir a maneira como o Estatuto da Criança e do Adolescente é interpretado na atualidade. O *Código de Familia* altera diversas disposições anteriores pois reúne em seu conteúdo todas as matérias relativas aos direitos das famílias nicaraguenses, aí incluído as nor-

mas que tratam sobre a adoção. Vejamos a seguir:

DOS REQUISITOS PARA A ADOÇÃO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (1990)	LEY N° 870 - CÓDIGO DE FAMILIA (2014)
Art. 42. Podem adotar <i>os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil</i> [grifo nosso]. § 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando. § 2º Para adoção conjunta, é indispensável que <i>os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável</i> [grifo nosso], comprovada a estabilidade da <i>família</i> [grifo nosso]. § 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando. § 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifique uma excepcionalidade da concessão.	Art. 238 <i>Personas legitimadas para adoptar:</i> <i>Pueden adoptar las personas legitimadas, ciudadanos nicaragüenses y extranjeros, legalmente capaces que reúnan los siguientes requisitos:</i> a) <i>Que hayan cumplido veinticuatro años de edad y no sean mayores de cincuenta y cinco, y que medien quince años de edad entre el o la adoptante y el o la adoptada. Excepcionalmente, se podrá adoptar sin cumplir los requisitos señalados, por razones que convengan al interés superior del niño, niña o adolescente y con la aprobación del Consejo nacional de adopción.</i> b) <i>Que tengan condiciones afectivas, morales, psíquicas, sociales y económicas que sean determinadas como idóneas para asumir responsablemente la función de padres y madres.</i> Art. 239 <i>Legitimación en los procesos de adopción</i> <i>La adopción puede ser solicitada por:</i> a) <i>Una pareja formada por un hombre y una mujer</i> [grifo nosso] <i>que hagan vida en común en unión matrimonial o en unión de hecho estable.</i> b) <i>Los familiares del adoptado o adoptada dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad.</i> c) <i>El cónyuge o conviviente cuando la persona a adoptarse es hijo o hija del otro cónyuge o conviviente.</i> d) <i>El tutor o tutora de la persona que está bajo su tutela cuando le hayan sido aprobadas definitivamente las cuentas de administración.</i> e) <i>Las y los extranjeras unidas por matrimonio formalizado de conformidad a lo establecido en este Código.</i>

Ressalta-se que, na Nicarágua a interpretação quanto aos requisitos dos adotantes foi reduzida no que diz respeito à formação do casal, pois, em legislação anterior, não havia a restrição apenas aos casais heteroafetivos. No Decreto nº 862, de 1981, conhecido como *Ley de Adopción*, os nicaraguenses legalmente capazes que tenham completado 25 anos e de no máximo 40 anos, que reúnam as condições sociais, morais, afetivas e econômicas para assumir a função de pais são dotados da capacidade de adotar, podendo ser solicitada por pessoa natural ou por *um casal* que tenha vida em comum dentro de um casamento ou união estável, não havendo a distinção se este

casal seria heteroafetivo ou homoafetivos.

Mesmo levando em consideração que a Nicarágua não legalizou nem a união estável nem o casamento civil de casais homoafetivos, determinar a inclusão do termo “*una pareja formada por un hombre y una mujer*”⁷, em uma legislação recente, demonstra a construção de mais um obstáculo jurídico no reconhecimento dos direitos dos casais homoafetivos como prevenção na criação de um precedente que possibilitaria tal conquista enquanto existe uma ativa movimentação internacional no reconhecimento do direito das pessoas LGBT de constituir família.

Por outro lado, no Brasil, a união entre pessoas do mesmo sexo é amparada pelo Estado desde quando o Supremo Tribunal Federal decidiu, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 que a união homoafetiva tem o mesmo status das uniões heteroafetivas e casamentos civis, configurando-a como entidade familiar. Deste ponto em diante, com as decisões do Recurso Especial nº 889.852/RS, em 2010, da ADI 4.227, em 2011, e da ADPF 291, em 2015, Estatuto da Criança e do Adolescente, que contém as normas relativas à adoção de crianças e adolescentes, pôde ser interpretado, sem nenhum óbice, como aberta a adoção para os casais homoafetivos.

O projeto de lei do Estatuto da Família surge em um contexto de acolhimento das famílias homoafetivas pelo Estado, e, contudo, tem como objetivo claro excluí-las. Como demonstra sua justificação, o amparo legal reconhecido às famílias LGBT “aflige as famílias e repercute na dinâmica psicossocial do indivíduo” porque este seria uma desconstrução do conceito de família. Sendo assim, outro objetivo implícito identificado é a impossibilidade de adoção por casais homoafetivos, criando um precedente legal para argumentarem a não adequação dos casais homoafetivos ao conceito de família previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao analisarmos a justificação do PL nº 6.583 conseguimos identificar não apenas um dos problemas identificados pelo legislador de tal lei, mas também seu objetivo, que seriam, respectivamente, o “desmantelamento” da família tradicional e a exclusão das “nocivas” práticas LGBT da ordem normativa brasileira, senão sua proibição.

Na apresentação do *Código de Família* encontram-se descritos os debates em cada uma das sessões ordinárias que trataram sobre a confecção do *Código*. Estranhamente, em toda a apresentação não há nenhuma referência a novas proposições feitas para os artigos 37 ou 239 do *Código*, que são problematizados neste artigo por restringirem o conceito de família e os requisitos de adoção para os casais homoafetivos, enquanto no caso brasileiro diversas proposições de alteração foram feitas nas normas correspondentes, todavia, negadas.

Por mais que as duas legislações constituam diversos avanços para as famílias nicaraguenses e brasileiras, destes avanços, deliberadamente encontram-se excluídas aquelas que são constituídas por casais homoafetivos, criando impedimentos que não existiam em legislação anterior para estes indivíduos

Portanto, partindo da premissa de Christian Courtis, de que as normas são

⁷ Um casal formado por um homem e uma mulher (tradução nossa).

manifestações ideológicas, pois encarnam os modos de valorar e conceber a realidade social que supõem serem destinadas à regulação (COURTIS, 2006, p. 354), percebemos que é essencial afirmar que nem o Direito nem as leis encontram-se livres da irracionalidade, do uso particular e da instrumentalização. Na verdade, estes perfizeram-se na história humana seguindo os interesses majoritários e dominantes, tanto que, por exemplo, se construiu sobre uma matriz heterossexual e binária de gênero (BORILLO, 2010).

Como foi demonstrado anteriormente nos artigos indicados, por vezes a força coercitiva do Estado e do Direito, no uso institucional da violência para o controle social, pode atuar não na potencialização da vida e da dignidade humana, mas sim no solapamento de comportamentos considerados socialmente dissidentes. Nesta perspectiva, os direitos humanos devem perfazerem-se cotidianamente, em contexto de luta e disputa, para que atuem efetivamente nas vidas das pessoas, fora de uma noção fixa de quais são eles. Feliz, enfatiza Leilane Serratine Grubba:

os direitos humanos não podem ser percebidos como uma categoria estanque e engessada, mas *deve se fazer* no transcorrer na história. Quer dizer, intentamos perceber os direitos como resultado (sempre) provisório de lutas e não como uma categoria essencial que existe independentemente de sua violação na vida concreta. (GRUBBA, 2012, p. 320-321)

Portanto, o Direito não caminha sozinho para uma sociedade com menos desigualdade e injustiça, pois ele pode ser utilizado para outros fins, pois é um objeto instrumentalizável que não age por si mesmo. Consequentemente, deve ser construído e relativizado dia a dia, para que acompanhe seu tempo e sua sociedade e sempre se reinvente na busca de maneiras mais justas e equitativas no tratamento social, como no caso dos direitos das pessoas LGBT.

5. Conclusão

Percebemos, portanto, que o Brasil e a Nicarágua, apesar de possuírem uma movimentação recente no reconhecimento de alguns direitos das pessoas LGBT, possuem em seu legislativo e em sua sociedade movimentos contrários a tal avanço. Tais movimentos se fazem representados em suas casas legislativas e retratam os interesses de uma grande parte da população, que é contra o casamento igualitário e a adoção de casais homoafetivos, por exemplo.

Neste sentido, no Brasil, o discurso de campanha anti-LGBT arrecada diversos eleitores, enquanto na Nicarágua, a inclusão de representatividade feminina no legislativo demonstrou duros golpes às pautas dos movimentos feministas. Desta forma, é relevante salientar que a representatividade por si só não é capaz de representar os interesses dos movimentos sociais, pois estes representam mais do que pessoas e marcadores sociais, representam também um conjunto de ideias e ideais que são conjuntamente necessários para uma real representação dos interesses dos movimen-

tos Feministas, Negros, dos Trabalhadores e LGBT, por exemplo. Isso porque ser mulher, ser negro, ser trabalhador ou ser LGBT não é necessariamente o mesmo que ser membro dos movimentos sociais que os representam.

Considerando, portanto, a falta de representatividade e o movimento contrário ao avanço na garantia dos *direitos básicos* das pessoas LGBT, a utilização do poder legislativo e do Direito como instrumento de embate é evidente, pois foi nesse campo que se construíram nos últimos anos os pressupostos que deram base para o reconhecimento de direitos para as minorias. Ao serem utilizados, por exemplo, os princípios da igualdade, dignidade e não-discriminação entre as pessoas, foi instaurado um discurso jurídico na busca de justiça que não entra em harmonia com o constructo moral dominante das sociedades.

Por sua entrada recente no campo legislativo e na ordem normativa, o Estatuto da Família e o *Código de Família*, apesar de representarem avanços em algumas matérias, incluem em seus textos a exclusão das famílias LGBT. Percebeu-se que tal alteração não foi feita acidentalmente ou inconscientemente, mas com o propósito de deliberadamente excluir as famílias socialmente dissidentes em sexualidade e gênero da proteção do Estado, pois, em um ambiente internacional que acolhe estas pessoas, tais legisladores optaram por demonstrar que em seus países uma família composta por um casal de homens ou um casal de mulheres não é uma família digna de direitos, respeito ou amparo.

Referências Bibliográficas

ABREU, Leonardo Lani de. A construção social do estado de exceção. *Revista Tropos*, ISSN: 2358-212X, volume 5, número 1, edição de Julho de 2016.

BORILLO, Daniel. O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 5 – n. 2 – p. 289-321 – jul./dez. 2010.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil S.A, 1989.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 7 de outubro de 2016.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acessado em: 25 de outubro de 2016.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL nº 6583/2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Apresentada no dia 16 de Outubro de 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B9D7BBF92F63EF8A4B0A74A30FBF3F72.proposicoesWeb2?co-dteor=1159761&filename=PL+6583/2013>. Acesso em: 05. ago. 2016.

COURTIS, Christian. Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho. In: *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2006. P. 349 à 392.

DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei. Introdução a um procedimento metódico. *Caderno da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v.7, n. 12, p. 101-143, jan./jun., 2004.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 16 ed. À luz da Lei n. 10.406/02. São Paulo: Saraiva, 2004.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277. Distrito Federal, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 291. Distrito Federal, 28 de outubro de 2015. Disponível em : <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>>

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira - 3ª ed. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GREEN, James N. Pleasures in the Parks of Rio de Janeiro during the Brazilian Belle Époque, 1898-1914. *Brazzil, Behavior*, Mar. 2000. Disponível em: <<http://www.brazzil.com/blamar00.htm>>. Acesso em: 03. Ago. 2016.

GRUBBA, Leilane Serratine. Para uma perspectiva Latinoamericana e emancipatória dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte*, n. 61, p. 305 a 330, jul./dez., 2012.

IANNI, Octavio. A questão nacional na América Latina. Simpósio Interpretações Contemporâneas da América Latina, realização do Instituto de Estudos Avançados — Universidade de São Paulo — São Paulo, 24 e 25 de junho de 1987 - Sala do Conselho Universitário. 5-39

ILGA, International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association: Carroll, A., State Sponsored Homophobia 2016: A world survey of sexual orientation laws: criminalisation, protection and recognition. Geneva; ILGA, Maio. 2016. Disponível em:<http://ilga.org/downloads/02_ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2016_ENG_WEB_150516.pdf> Acesso em: 04 de Ago. 2016.

MESQUITA; PERUCCHI. Não apenas em nome de Deus: discursos religiosos sobre homossexualidade. *Psicologia & Sociedade*, 28(1), p. 105 a 114, 2016.

NICARÁGUA. *Asamblea Nacional. Decreto nº297 Ley de Código penal. Asamblea Nacional de la República de Nicaragua*. Diário Oficial. Postal nº 86. 3 de mayo de 1974.

NICARÁGUA. *Asamblea Nacional. Ley N° 862/1981 Ley de Adopción. 8 del 8 de julio de 1981*. Disponível em: < https://www.oas.org/dil/esp/Ley_de_Adopcion_Nicaragua.pdf> Acesso em: 05. ago. 2016.

NICARÁGUA. *Asamblea Nacional. Ley N° 870 Código de Familia. Dada en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, 24 de junio de 2014*. Disponível em: <<http://www.unfpa.org/ni/wp-content/uploads/2014/11/Codigo-Fam1.pdf>>. Acesso em: 05. ago. 2016.

NICARÁGUA. *Constitución Política de la República de Nicaragua com sus reformas incorporadas*. Manágua: Asamblea Nacional, 18 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.ineter.gob.ni/constitucion%20politica%20de%20nicaragua%20y%20sus%20reformas.pdf>>

RAMOS, Marcelo Macial. Direito e Religião: reflexões acerca do conteúdo cultural das normas jurídicas. *Meritum – Belo Horizonte* – v. 5 – n. 1 – p. 49-76 – jan./jun. 2010

SOARES, Alexandre Sebastião Ferrari. Doente e Pecador: ecos do século XIX sobre a homossexualidade na Imprensa Oficial (1985-2010). 111-134. In: *Produção de identidades e processos de subjetivação em práticas discursivas / Ismara Tasso , Pedro Navarro (organizadores). -- Maringá : Eduem, 2012. 304 p. : il., fotos (color.)*.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte*, nº 50, p. 124-142, jan. – jul., 2007.

URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? *Lua Nova*, São Paulo, 67: p. 191 a 228, 2006.

PROSTITUIÇÃO, CRIMINALIDADE E PRIVAÇÃO DE LIBERDADE: LACUNA LEGAL E NEGAÇÃO DE DIREITOS

Júlia Silva Vidal¹

Olívia Vilas Bóas da Paixão²

RESUMO: A subversão à ordem binária de gênero vivenciada pelas travestis e transexuais é um aspecto amplamente discutido nos estudos de gênero. A interface de tais estudos com a prostituição, criminalidade e privação de liberdade implica reflexos e consequências que até então, pouco tem se questionado a respeito. A existência de uma ‘ordem compulsória’ que normatiza os corpos encontra, ainda, na sociedade contemporânea e nos sistemas totais, campo fértil de manutenção. Essa mesma ordem, analisada sob o viés das experiências da travestilidade em ambientes de privação de liberdade, apresenta aspectos e vulnerabilidades próprios, os quais ensejaram a criação de “alas” específicas direcionadas a esse público nos sistemas prisionais. Neste trabalho, propomo-nos, de um modo geral e sem a pretensão de esgotar o tema, analisar os entroncamentos entre gênero, travestilidade e sistemas privativos de liberdade, suscitando ao debate questões que algumas vezes são mantidas em silêncio.

Palavras-chave: privação de liberdade – prostituição – prisões – alas lgbt

RESUMEN: La subversión del orden binario de género experimentada por travestis y transexuales es un aspecto ampliamente discutido en los estudios de género. La interfaz de estos estudios con la prostitución, delincuencia y privación de la libertad implica reflejos y consecuencias sobre las cuáles, hasta entonces, poco se ha cuestionado. La existencia de una “orden coercitiva” que regula los cuerpos encuentra, aún, en la sociedad contemporánea y en los sistemas totales, campo fértil a su manutención. Esa misma orden, analizada bajo la óptica de experiencias de la travestilidad en situación de cárcel, presenta aspectos y vulnerabilidades propias, lo que dio lugar a la creación de pabellones dirigidos a este público en los sistemas penitenciarios. En este artículo examinaremos, de un modo general y sin pretender agotar el tema, las intersecciones entre género, travestilidad y sistemas privativos de libertad, suscitando al debate cuestiones que a veces se mantienen en silencio.

Palabras clave: privación de libertad – prostitución – cárcel – pabellones lgbt

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Integrante da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais (CdH/UFGM). Brasil. E-mail: jusvidal@gmail.com

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Ex-integrante do Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania LGBT da Universidade Federal de Minas Gerais (NUH/UFGM) e do Núcleo de Atendimento a Vítimas de Crimes Violentos (NAVCV). Brasil. E-mail: paixao.olivia@gmail.com

Introdução

As vulnerabilidades vivenciadas pela população de travestis e transexuais existem sob diversas facetas: seja pela falta de acesso às políticas públicas de saúde, educação e qualificação profissional – e, conseqüentemente, a exclusão dessas pessoas do mercado de trabalho, seja pela negação histórica de direitos sociais básicos ou aos mais diversos tipos de violências - físicas e psicológicas - às quais esses corpos estão (sub)julgados. Violências que podem, ainda, ser praticadas e reiteradas por familiares, amigos, transeuntes, agentes do estado e pelas próprias instituições.

Referidas violências se constituem e se expressam de maneira diversa; por conseguinte, dada a complexidade da questão, demandam intervenções atentas a cada realidade social, não deixando de considerar marcadores de posição de classe, cor de pele, nacionalidade, orientação sexual, dentre outros.

Em pesquisa³ realizada pelo Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania LGBT (Nuh) da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) envolvendo as travestis e transexuais que se prostituem em Belo Horizonte e região metropolitana, dentre as 141 entrevistadas, 96,4% das travestis e transexuais relataram já terem sofrido algum tipo de violência física, 79,2% afirmaram já terem sido vítimas de assédio sexual e 94,3% disseram que já se sentiram ofendidas pelos mais diversos tipos de xingamentos. Como afirma Kulick (1998, p.47): “em nenhum outro lugar a violência é tão ubíqua quanto no cotidiano das travestis e transexuais. A violência é o pano de fundo de suas vidas”. Referido cenário se torna ainda mais emergencial se considerarmos a realidade daquelas que visualizam na prostituição, além de um modo de trabalho e auferição de renda, a possibilidade de reafirmarem sua identidade de gênero e vivenciar seu “ser travesti” (PELÚCIO, 2005). De acordo com Kulick (1998,p.47):

À noite, de todo modo, os perigos são ainda maiores. Precisando atrair os clientes, travestis fazem ponto nas esquinas de ruas e avenidas e acabam se expondo publicamente de uma forma que, não fosse a situação, elas teriam preferido evitar. A exposição coloca as travestis em posição vulnerável, alvo fácil do assédio de policiais, motoristas, transeuntes, gente que passa em automóveis e ônibus.

Tal cenário de violência, ainda, parece assumir contornos mais acentuados quando nos atentamos para os contextos de “zonificação” que relega travestis e transexuais a lugares específicos de exclusão e marginalização. De forma a não esgotar a temática, nesse artigo seguiremos em três tempos: breves considerações sobre o contexto de negação de direitos vivenciado na prostituição; as repercussões sociais dessa prática nos sistemas de privação de liberdade e, por último, a criação das alas específicas para acolhimento da população lgbt (em especial travestis e transexuais) que, em sua maioria, já esteve inserida no contexto da prostituição.

³ Disponível em: www.projetotrans.nuhufmg.com.br. Acesso em: nov/2016.

Prostituição e negação de direitos: vulnerabilidade(s) acentuada(s)

De acordo com os dados divulgados pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), estima-se que 90% das travestis e transexuais exercem o trabalho sexual no Brasil atualmente⁴. Assim, independentemente das posições suscitadas dentro dos debates feministas⁵ acerca da caracterização ou não da prostituição como um trabalho, neste artigo, consideramos que “a prostituição é uma realidade”. E, especificamente no caso das travestis, ao invés de considerá-la apenas como uma forma imoral e degradante de exploração sexual, essas sujeitas também percebem a prostituição como um trabalho que lhes possibilita acesso a muito mais renda do que seriam capazes de ganhar em outros empregos assalariados (KULLICK, 1998). Além disso, “a prostituição é a única esfera da sociedade brasileira onde as travestis podem ser admiradas e reconhecidas” (KULLICK, 1998, p.151). É nas ruas que elas podem desenvolver sua autoestima. É ali onde se sentem “objeto de verdadeiro e intenso valor” (KULLICK, 1998, p. 151).

No entanto é justamente no contexto da prostituição que as travestis, além de expostas aos mais diversos tipos de violências, inserem-se naquilo que Telles (2010), utilizando Foucault (1997), denomina como “gestão dos ilegalismos”. Aqui, é possível apontar as fronteiras instáveis e fluidas entre as atividades que envolvem os mercados ilícitos, ilegais, informais e que caracterizam grande parte das histórias nas quais circulam a “figura moderna do trabalhador urbano” (TAVARES, 2014, p. 58), ou, nesta escrita, a “figura moderna da travesti que exerce a prostituição”.

Apesar de não estarem diretamente ligadas ao “mundo do crime”⁶, por força da necessidade de permanência e resistência aos espaços onde estão inseridas, por vezes, as travestis e transexuais praticam certas atividades que, aos olhos de uma pessoa fora daquele contexto, poderia ser tida como uma atividade ilegal. Também nessa realidade, podemos considerar a figura daqueles inseridos dos “mercados de proteção” (TELLES, 2010) que, ao menor sinal do desfazimento de alianças, desacordos ou acerto de contas, tendem a desequilibrar a balança de forças dessa zona cinzenta

⁴ Disponível em: <http://www.siteladom.com.br/regulamentacao-da-prostituicao-duas-prostitutas-dois-pontos-de-vista/>. Acesso em out/2016.

⁵ Atualmente, dentro do movimento feminista, existem quatro vertentes ou posições que podemos considerar no tocante à discussão sobre a regulamentação da prostituição. São elas: proibicionista – que defende a criminalização tanto daquelas que exercem a prostituição (as prostitutas), quanto daqueles que saem em busca dos serviços (os clientes); abolicionista – as adeptas a essa corrente pretendem penalizar todos aqueles que, de algum modo, recrutam, organizam e se beneficiam da prostituição, inclusive os clientes; regulamentarista – posição que considera a prostituição como um “mal necessário” e que, portanto deve ser controlada e higienizada; laboral ou trabalhista – que defende a prostituição sob uma perspectiva mais humanista, considerando a prostituta como uma trabalhadora e que, portanto, deve ter acesso às condições dignas de trabalho e aos direitos laborais disponíveis aos demais trabalhadores.

⁶ Telles (2007, 2010), citada por Tavares (2014, p. 58) propõe desconstruir as noções engessadas que a maioria de nós temos sobre o “mundo do crime”, evidenciado que “aquilo que chamamos de ‘criminalidade’ compõe o cotidiano de atividades laborais de trabalhadores urbanos de grandes metrópoles”. A autora ainda “reconhece o trabalho informal como das dinâmicas de trabalho nos grandes centros urbanos e que, por sua vez, vem criando laços cada vez mais integrados com o mercado ilícito, em especial o mercado de drogas”. (TAVARES, 2014, p. 58).

(imersa em disputas e redes de poder). Nesse contexto, a figura dos policiais assume incomparável sentido.

Nos territórios da prostituição, as travestis transitam entre limites porosos, seguindo protocolos e comunicações laterais. Nesses mesmos espaços, também circulam bens, pessoas, acordos e trocas, “num jogo oscilante entre a tolerância – ou ‘vista grossa’ [...] acertos negociados e extorsão” (TELLES, 2010, p. 116). Esses jogos de poder, ao mesmo tempo em que permitem a sobrevivência dessas sujeitas na noite, na *batalha*⁷, também determinam os acertos (ou mortes) e as prisões: “o dispositivo penal (quer dizer: legal) recai, sobretudo, em uma criminalidade urbana difusa, avulsa...” (TELLES, 2010, p. 119). Se, por fim, voltarmos os olhares à realidade do sistema carcerário de nosso país, iremos perceber que é justamente essa pequena criminalidade que alimenta e abarrotta grande parte das prisões brasileiras, como efetiva resposta ao endurecimento penal ocorrido nos últimos anos (TELLES, 2010).

Travestis e criminalidade: da “zonificação” à regulação

Após serem “empurradas” para a clandestinidade – devido à perseguição policial no contexto da prostituição – ou para a criminalidade – devido à impossibilidade das travestis e transexuais em alcançar alternativas de sustento fora da prostituição, essas sujeitas são submetidas, cada vez mais, ao encarceramento⁸.

Em referência à Lei 17.515 (Ley de Trabajo Sexual) implantada em 2002 no Uruguai, que cria as chamadas “zonas rojas”⁹, Susana Rostagnol (2000) afirma que dessa maneira é pautada a convivência entre as sujeitas que exercem a prostituição e o resto da sociedade: são definidas as características dos espaços comuns, a serem compartilhados por todos, e são delimitados aqueles que devem ser vedados às trabalhadoras sexuais ou, ao contrário, destinado somente a elas. No caso do Brasil, podemos afirmar que tal “zonificação” também ocorre, mas de modo um pouco diferente: expressa-se através da criação das chamadas “alas GBT”^s destinadas ao cárcere de pessoas que se autodeclarem pertencente ao grupo social referido.

Nesse sentido, afirmamos que a zonificação, em suas variadas expressões, não é uma forma de exclusão, mas, ao contrário, constitui uma forma de integração

⁷ As travestis utilizam o termo “batalha” para se referir à prostituição.

⁸ Em entrevista cedida por Angela Davis ao Blog “Mundo Invisível”, na pessoa de Monique Prada, as feministas conversaram a respeito da relação existente entre a crescente indústria prisional e o enclausuramento de mulheres prostitutas, em sua maioria negras e pobres. De acordo com Monique Prada, no Brasil têm ocorrido diversas ações policiais de “limpeza” nos bordéis e casas de prostituição, o que tem levado à prisão abusiva de trabalhadoras sexuais. Nesse sentido, Angela Davis afirma que “mais prisões estão sendo construídas, mais empresas estão usando trabalho prisional, mais prisões são privatizadas. Ao mesmo tempo, mais mulheres estão indo para a prisão, mais espaços estão sendo criados para as mulheres e, como resultado, cada vez um maior número de mulheres [cis e trans] irá para a prisão no futuro”. Na opinião da ativista norte-americana, “a criminalização contínua da prostituição e da indústria do sexo em geral contribuirão para o desenvolvimento deste complexo prisional industrial”. Disponível em: <http://mundoinvisivel.org/angela-davis-fala-em-defesa-dos-movimentos-de-trabalhadoras-sexuais/>, acesso em 17/09/2016.

⁹ Em seus artigos 19, 20 e 21, a “Ley de Trabajo Sexual” regula as chamadas “zonas rojas”: espaços específicos nas cidades uruguiaias, nos quais a prostituição deverá ser exercida (URUGUAI, 2002).

regulada (ROSTAGNOL, 2000). Foucault (1989), citado por Rostagnol (2000, p. 102), afirma que “... a disciplina procede em primeiro lugar à distribuição dos indivíduos no espaço. Para isso utiliza várias técnicas (...) exige a *cerca*, (...) o grande encarceramento dos vagabundos e miseráveis”. Nesse sentido, seguindo o pensamento foucaultiano, o encarceramento de travestis e transexuais:

(...) deve ser visto como um princípio de ordem e controle e não de exclusão. A clausura permite vigiar, e, portanto, punir quando alguém infringe alguma regra, assim como permite medir o grau de submissão à disciplina estabelecida. Então, poderia-se dizer que o **estabelecimento de zonas evita a desordem social, associada à prostituição**. (ROSTAGNOL, 2000, p. 102, grifo nosso).

Assim, se a realidade das travestis e transexuais está permeada por intensos cenários de exclusão, é certo que muitos reflexos dessa exclusão serão sentidos no sistema prisional, como atesta Lima e Nascimento (2014, p.5): “a clientela desse sistema é constituída desde sua origem pelos grupos excluídos, sendo ele responsável por aprofundar os processos de segregação através de seu funcionamento”. Nesse sentido, ainda, a ligação direta entre prostituição e criminalidade é capaz de ensejar a essas sujeitas uma exposição a condições múltiplas de vulnerabilização:

É essa a conjuntura social que os sujeitos enfrentam; a sociedade os marginaliza e propicia que sofram um processo de exclusão social contínuo, gradual e intermitente. Dentro do já referido “submundo”, o cárcere torna-se não uma probabilidade adversa e incomum, mas uma consequência quase que inevitável, concebida popularmente como “merecida”, diante de sujeitos moralmente “desajustados”, os quais, sem alternativas, dedicam-se a uma atividade imoral e indigna, atualmente ainda velada por diversos tabus. (LIMA; NASCIMENTO, 2014, p. 4)

Dito isso, passaremos à análise desses sistemas de “zonificação” na realidade brasileira que, longe de figurar como uma forma de exclusão, constitui-se como uma “integração regulada” das sujeitas que neles estão inseridas (ROSTAGNOL, 2000).

As alas específicas para a população LGBT no Brasil

As “alas GBTs”, foram inicialmente implantadas em 2009 no Presídio de São Joaquim de Bicas II, no Município que leva o mesmo nome¹⁰, e três anos depois, em 2012, iniciada no Presídio de Vespasiano – cidade de Vespasiano, também no estado mineiro. Após Minas Gerais, os estados da Paraíba, Bahia, Mato Grosso e Rio Grande do Sul também seguiram o mesmo caminho e, além disso, no ano de 2014,

¹⁰ No ano em 2012, em virtude do aumento da população carcerária, o sistema de alas GBTs também já foi implantado no Penitenciária Jason Soares Albergaria, na cidade de São Joaquim de Bicas.

a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República já havia assinado com outros 16 estados brasileiros, termos de compromisso para a elaboração de ações voltadas à população carcerária GBT (ALMEIDA; BENFICA, 2014). No estado de São Paulo, como exemplo, a criação das alas se deu com a resolução nº 11 da Secretária da Administração Penitenciária, em 20 de janeiro de 2014, que estabelece em seus artigos iniciais:

Artigo 1º - As pessoas privadas de liberdade ou que integram o rol de visitas das pessoas presas devem ter preservado o direito à sua orientação sexual e a identidade de gênero;

§ 1º - Fica assegurado às travestis e transexuais o uso de peças íntimas, feminina ou masculina, conforme seu gênero;

§ 2º - Às travestis e transexuais femininas é facultada a manutenção do cabelo na altura dos ombros;

No que concerne à implantação pioneira no estado de Minas Gerais, cumpre ressaltar que apesar do sistema de alas específicas para a população GBT ter sido implantado pela primeira vez no país no ano de 2009, sua regulamentação veio posteriormente, através da resolução conjunta da Secretária de Defesa Social (SEDS) e Secretária de Estado de Trabalho e Desenvolvimento Social (SEDESE), nº 1 de 2013¹¹, que disciplinou:

Art. 2º A Secretaria de Estado de Defesa Social - SEDS, por meio da SUAPI, destinará ala ou pavilhão específico em unidades prisionais para custodiar os presos homossexuais masculinos e travestis.

De acordo com Almeida e Benfica (2014), três foram os argumentos principais utilizados como justificativa à implantação das alas GBTs em Minas Gerais: (1) a redução da violência vivenciada pela população LGBT dentro do sistema penitenciário, (2) a prevenção com vistas à diminuição dos casos de transmissão de DSTs (Doenças Sexualmente Transmissíveis) entre a comunidade GBT encarcerada, os demais detentos e a população externa ao presídio e (3) a garantia do respeito às diferenças e a efetivação de melhores condições no cumprimento de pena, tendo como objetivo a ressocialização deste público específico. Além desses três argumentos, neste trabalho evidenciamos também uma última justificativa, qual seja a de (4) evitar a promiscuidade e a prostituição nos presídios masculinos (ARRIEL, 2009).

Com relação à (1) violência experienciada pelo segmento GBT dentro dos presídios brasileiros, “além da violência social de não aceitação já existente no pré-aprisionamento, a violência do cárcere se expressa para além de não terem sua liberdade física” (ALMEIDA, BENFICA, 2014, p. 5). Nesse contexto, a violência sexual, psicológica e moral também são sentidas por meio de diversos tipos de abusos praticados pelos próprios companheiros de cela ou mesmo pelos agentes penitenciários (AL-

¹¹ Resolução Conjunta SEDS/SEDESE nº1. Disponível no Diário do Executivo de MG, 23 de janeiro de 2013, pág. 8.

MEIDA, BENFICA, 2014). Em entrevista cedida ao Jornal *EBC*, Maria José Diniz, que há época era assessora de Direitos Humanos da Superintendência dos Serviços Penitenciários (Susepe), afirmou que:

O mesmo tipo de violência que acontece contra essas pessoas nas ruas também é verificado aqui dentro [nos presídios]. E essa foi a forma que encontramos para não contribuírmos mais com a violação de direitos humanos contra *gays* e *travestis*. (BRANDÃO, 2013).

Por outro lado, (2) a preocupação com a prevenção às DSTs, e sua eventual diminuição dos casos de contaminação, foi também evidenciada por Walkíria La Roche, que no ano de 2009 chefiava a Coordenadoria Especial de Políticas da Diversidade Sexual de Minas Gerais (Cods)¹². Segundo ela, “os homossexuais e travestis abusados sexualmente nas prisões [acabavam] contraindo doenças sexualmente transmissíveis (DSTs) e, conseqüentemente, transmitindo a outros homens no ambiente carcerário”. Nas palavras de Walquíria, em entrevista ao Jornal *EBC*,

É muito comum no nosso país que essas pessoas sejam usadas como moeda de troca nos presídios. Não há preocupação com a transmissão de DST. E como os homens, depois, recebem visita íntima, pode causar uma epidemia. (BRANDÃO, 2013).

No entanto, através desse enunciado, observamos mais uma vez, a violência e preconceito atuando de forma institucionalizada: de acordo com Almeida e Benfica (2014), trata-se da propagação e reprodução de um discurso transfóbico que busca associar às travestis e transexuais a imagem de pessoas doentes, portadores de DSTs e cuja presença precisa ser evitada. Nesse contexto, o Estado não é responsabilizado em momento algum por não ser capaz de garantir a segurança contra a violência física e moral dessas pessoas - evitando que elas sejam “moedas de troca” - e pela inexistência de um sistema eficaz de saúde e prevenção, capaz de tratar de modo digno a saúde da população carcerária¹³.

Com relação ao argumento de (3) da garantia do respeito às diferenças e de melhores condições no cumprimento de pena, objetivando a ressocialização dessas pessoas; aqui, também podemos afirmar que se trata de mais uma tentativa em reme-

¹² De acordo com a “Pesquisa com Travestis e Gays em situação de criminalidade, privados de liberdade no Presídio de São Joaquim de Bicas II – Estado de Minas Gerais”, realizada pelo Governo do Estado de Minas Gerais, o Projeto de Ressocialização e Reintegração Social dos Gays e Travestis encarcerados foi implementado e idealizado pela Coordenadoria Especial de Políticas de Diversidade Sexual (Cods) (Governo do Estado de Minas Gerais, 2012).

¹³ Ainda nesse sentido, para Almeida e Benfica (2014, p. 6), “esse argumento traz um tom no mínimo preconceituoso ao tratar as mulheres, travestis e transexuais como motivo de contaminação, e, por isso, devendo ser afastadas do convívio aos demais presos”.

diar¹⁴ outra falha de atuação do Estado: a da garantia de dignidade no cumprimento da pena e a possibilidade de ressocialização. Nesse sentido,

[Se] somente essa separação [propiciada pelas alas GBTs] permitiu a garantia de segurança e direitos a essas pessoas; [...] [havendo] uma violação anterior, não será a criação de alas que a cessará, nem tampouco será a responsável pelo término do preconceito. (ALMEIDA; BENFICA, 2014).

Por fim, a última justificativa evidenciada neste trabalho foi a de (4) evitar a promiscuidade e a prostituição nos presídios masculinos (ARRIEL, 2009). Tão incoerente quanto as anteriores, essa afirmação não se sustenta, em primeiro lugar, tendo em vista que no ano de 2002, a prostituição foi incluída na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), sendo reconhecida pelo Estado como uma ocupação exercida no mercado brasileiro (MINISTÉRIO, 2016). Tal inclusão foi um importante ganho simbólico na luta pela visibilidade, dignidade e identidade das sujeitas que exercem o trabalho sexual, devendo esse, portanto, deixar de figurar como um “mal social” a ser combatido¹⁵.

Além disso, podemos afirmar que tal argumento relaciona-se mais ao preconceito e à condenação moral contra manifestações afetivas e sexuais por parte das pessoas que não se adequam ao padrão heterossexual imposto em nosso convívio social. Essa poderia ser de fato, a “promiscuidade” à qual os defensores da ideia se referem¹⁶. Aqui, é certo afirmar que, mais uma vez, vemos o estigma associado à prostituição e à expressão sexual¹⁷, reafirmado e utilizado como pressuposto à violação de direitos e garantias individuais e à marginalização de identidades.

¹⁴ Falamos em “remediar”, pois, desde o ano de 1984, quando Lei de Execuções Penais (LEP) entrou em vigor, o Estado brasileiro obrigou-se a garantir um sistema prisional capaz de assegurar aos detentos efetivas possibilidades para a “harmônica integração social do condenado” (BRASIL, 1984). Podemos inferir, ainda, a existência de algumas dificuldades do Estado na garantia de ressocialização dessas sujeitas privadas de sua liberdade.

¹⁵ No entanto, sabemos que o fato de ser regulamentada pelo Ministério do Trabalho não torna a prostituição uma profissão devidamente regulamentada, com direitos trabalhistas garantidos e deveres a serem cumpridos. A inclusão na CBO, portanto, reconhece a prostituição como prática legítima de determinado grupo em nossa sociedade (PEREIRA; FEIJÓ, 2014).

¹⁶ Com esse argumento, pressupõe-se que as sujeitas e sujeitos pertencentes à comunidade LGBT e submetidos a um sistema privação de liberdade devem abrir mão de quaisquer manifestações de sua sexualidade e orientação sexual, estando, inclusive, proibidos de manter relações sexuais (havendo consentimento mútuo) com quem quer que seja, pois, caso contrário, estariam contribuindo à crescente promiscuidade dentro dos presídios masculinos. A esse respeito, Walquíria La Roche afirmou que: “No primeiro momento [os detentos] não acreditaram [na implantação das alas], questionaram que na prisão mantinham média de 13 relações sexuais por noite. Mas aí falei que eles não estavam numa colônia de férias e sim presos [sic]”. (ARRIEL, 2009).

¹⁷ Aqui entendida em sua forma mais ampla, abarcando a orientação sexual homossexual, heterossexual, bissexual, transexualidade e travestismo [sic]. (RIOS, 2006).

Conclusões preliminares

O reconhecimento das travestilidades no sistema de privação de liberdade, além de gerar desdobramentos específicos nos diversos âmbitos do sistema criminal, impõe desafios e vulnerabilidades às próprias travestis e transexuais, tendo em vista a maneira como os marcadores sociais se articulam e geram novos contornos nesses espaços, no que concerne a expectativa de gênero e sexualidade.

Como demonstrado, a realidade de vulnerabilização vivenciada por essas sujeitas, guarda intrínseca relação com o cárcere, tendo em vista, sobretudo, o seu caráter de manutenção do *status quo*, a partir da segregação e encarceramento de populações estigmatizadas na sociedade. Contudo, nos casos das travestis e transexuais, referido contexto aparenta se agravar, tendo em vista os marcadores de gênero e sexualidade que marcam suas experiências sociais, que em interface com as instituições totais, também têm suas formas de expressão controlados. Como atesta Lima e Nascimento (2014, p.6): “é ainda nessa esfera de controle total que há o controle da expressão da sexualidade e do gênero”.

Ainda, no que concerne aos desdobramentos oriundos da travestilidade em contextos de privação de liberdade, vale destacar a resolução conjunta nº 1 de 15 de abril de 2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que visa construir um padrão de acolhimento da população GBT. O referido dispositivo, não apenas garante o uso do nome social, como igualmente prevê a manutenção do tratamento hormonal (às travestis e transexuais) e o acompanhamento de saúde específico (art. 2 e art. 7) à população GBT.

Vê-se, até então, que apesar das argumentações relacionadas à criação das alas GBTs, inclusive, tendo em vista a ideia da “zonificação”, as implicações entre prostituição, criminalidade e privação de liberdade apresenta contornos ainda mais complexos, que carecem de estudos aprofundados, sobretudo no que diz respeito aos efeitos e consequências da criação de alas na vida dessas sujeitas.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Felipe de Freitas Limp; BENFICA, Jéssica Aguilar. Os discursos legitimadores da política pública de criação de alas específicas para a população carcerário LGBT. *Anais do Congresso de Diversidade Sexual e de Gênero*, v. 1, 2014.

ARRIEL, Silvana. Isolados. *Revista Viver Brasil*, ano II, nº. 14.5 de jun. de 2009

BRANDÃO, Marcelo. *Presídios estão adotando alas LGBT para reduzir casos de violência contra homossexuais*. Jornal EBC, 13 de set. de 2013. Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-09-29/presidios-estao-adotando-alas-lgbt-para-reduzir-casos-de-violencia-contra-homossexuais>, acesso em 18 set. 2016.

BRASIL, Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*. Brasília, 13 jul. 1984.

GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social. Subsecretaria de Direitos Humanos. Coordenadoria Especial de Políticas de Diversidade Sexual – CODS. *Pesquisa com Travestis e Gays em situação de privação de criminalidade, privados de liberdade, no Presídio de São Joaquim de Bicas II – Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir* – Nascimento da Prisão. Tradução de Raquel Ramalheite. Editora Vozes, 2014.

LIMA, Heloisa Bezerra; NASCIMENTO, Raul Vitor Rodrigues. Transgeneridade e cárcere: diálogos sobre uma criminologia transfeminista. *Revista Transgressões Ciências Criminais em Debate*, 2014.

PEREIRA, Jesana B.; FEIJÓ, Maurício E. V. Prostituição e preconceito: uma análise do projeto de lei Gabriela Leite e a violação da dignidade da pessoa humana. *Cadernos de Graduação – Ciências humanas e sociais*, Maceió, v. 2, n. 1, p. 39-57, mai. 2014.

PELUCIO, Larissa (2005) Na noite nem todos os gatos são pardos. *Cadernos Pagu*. Número 25, julho-dezembro 2005. p. 217-48

PRADA, Monique. *Angela Davis fala em defesa dos movimentos de trabalhadoras sexuais*. Mundo Invisível, 20 de abr. de 2014. Disponível em: <http://mundoinvisivel.org/angela-davis-fala-em-defesa-dos-movimentos-de-trabalhadoras-sexuais/>, acesso em 17 set. 2016

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. *Horizontes antropológicos*. Porto Alegre, v. 12, n. 26, p. 71-100, dez. 2006.

ROSTAGNOL, Susana. *Regulamentação: controle social ou dignidade do/no trabalho?*. In: FÁBREGAS MARTINEZ, Ana Isabel; BENEDETTI, Marcos Renato. (Orgs.). Na batalha: sexualidade, identidade e poder no universo da prostituição. Porto Alegre, RS: Dacasa Palmaria, 2000.

TAVARES, Aline Godoi de Castro: A organização da zona: notas etnográficas sobre relações de poder na zona de prostituição Jardim Itatinga, Campinas - SP. Dissertação de mestrado. Programa de Antropologia Social, Universidade Estadual de Campinas, 2014.

TELLES, Vera da Silva. Nas dobras do legal e do ilegal: ilegalismos e jogos de poder nas tramas da cidade. In *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*. vol. 2, n. 5-6, jul-dez, 2010. p. 97-126.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. 2008. *CBO (Classificação Brasileira de Ocupações)* Profissionais do sexo. Disponível em: <http://www.mteco.gov.br/cbsite/pages/home.jsf>. Acesso em 19 set 2016.

NUH – NÚCLEO DE DIREITO HUMANOS E CIDADANIA LGBT. *Projeto*

Trans [travestilidades e transexualidade]. Disponível em: www.projetotrans.nuhufmg.com.br. Acesso em: out/2016.

URUGUAI. *Ley de Trabajo Sexual*. *Diário Oficial da União*, Montevideo, 09 jul. 2002.