

*magistratura*

*e equidade*

*Estudos sobre gênero e raça no Poder Judiciário*

---



organizadores

---

*Clara Mota Pimenta | Rejane Jungbluth Suxberger | Roberto Carvalho Veloso*

*magistratura*

*e equidade*

*Estudos sobre gênero e raça no Poder Judiciário*

---



Copyright © 2018, D'Plácido Editora.  
Copyright © 2018, Os Autores.

**Editor Chefe**  
*Plácido Arraes*

**Produtor Editorial**  
*Tales Leon de Marco*

**Capa, projeto gráfico**  
*Leticia Robini*  
(Imagem via Freepik.com)

**Diagramação**  
*Bárbara Rodrigues da Silva*

**Editora D'Plácido**  
Av. Brasil, 1843, Savassi  
Belo Horizonte – MG  
Tel.: 31 3261 2801  
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.  
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,  
por quaisquer meios, sem a autorização prévia  
do Grupo D'Plácido.



Catálogo na Publicação (CIP)  
Ficha catalográfica

Magistratura e equidade: estudos sobre gênero e raça no Poder Judiciário.  
PIMENTA, Clara Mota. SUXBERGER, Rejane Jungbluth . VELOSO, Roberto  
Carvalho; SILVA, Fernando Quadros da. [Orgs.] — Belo Horizonte: Editora  
D'Plácido, 2018.

Bibliografia.  
ISBN: 978-85-8425-873-4

1. Direito I. Título. II. Artigos

CDU340

CDD340

GRUPO  
D'PLÁCIDO



\*  
Rodapé



## APRESENTAÇÃO

Um desejo une as autoras e autores dos trabalhos que compõem este livro: a busca por um mundo mais igual, sem assimetrias que gerem violência e discriminação e a certeza de que o sistema de justiça cumpre um papel neste caminho.

A obra surgiu da aproximação espontânea entre juízas e juizes que trabalham com questões de gênero ou as estudam sob variados prismas e interseções, tais como a racial e a institucional. No ano de 2017, a Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) e a Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios (AMAGIS) promoveram o “I Seminário Mulheres no Poder Judiciário: desafios e trajetórias”, voltado a discutir os desafios para implementação da equidade no sistema de justiça. O evento vocalizou anseios por mudança de arranjos institucionais da magistratura e para que os julgamentos do Poder Judiciário passassem a ser informados pela perspectiva de gênero.

Este livro “Magistratura e Equidade” mantém ativa e unida a rede por um Poder Judiciário inclusivo e é mais um passo importante nesta direção. Aqui se encontram artigos elaborados por juízas e juizes com temáticas que vão da “Apropriação do Estado sobre o corpo da mulher”, “Questões raciais e Poder Judiciário: enfrentamentos necessários” à “Liberdade de expressão e expressões da desigualdade de gênero”. Consta, ainda, um texto das Professoras Carolina Soares Castelliano Lucena de Castro e Gisela Baer de Albuquerque, convidadas para compor a obra com o artigo “Prisão domiciliar e os espaços destinados à mulher: uma reflexão a partir das teorias de Nancy Fraser e Carole Pateman”.

Além disso, a obra contém sentenças e decisões relevantes de associadas e associados da AMAGIS e AJUFE, como a proferida pela Juíza de Direito Leila Cury, que, em 29 de setembro de 2017, autorizou que não fosse cortado o cabelo das presas que, embora tivessem o sexo biológico masculino, autodeclarassem a identidade feminina, ou a sentença do hoje Desembargador Federal Roger Raupp Rios, premiada pelo Conselho Nacional de Justiça no I Concurso Nacional de Decisões Judiciais em Direitos Humanos, por meio da qual se reconheceu o direito à reintegração no cargo para a autora mulher,

que havia sido desligada da Marinha após sofrer assédio moral com conotação depreciativa pelo seu gênero.

Esperamos que este livro sirva para a contínua reflexão em torno da equidade e do pluralismo, para o fortalecimento dos direitos das mulheres, e, afinal, para a solidificação dos caminhos que visualizamos como necessários para a construção da sociedade livre, justa e solidária, tão sonhada pela nossa Constituição Federal.

*Clara Mota Pimenta e Rejane Jungbluth Suxberger (Coordenadoras)*

*Roberto Carvalho Vêloso (Presidente da AJUFE)*

*Fábio Francisco Esteves (Presidente da Amagis)*

# DIRETORIA DA AJUFE

## BIÊNIO 2016-2018

### PRESIDENTE

*Roberto Carvalho Vêloso*

### VICE-PRESIDENTES

*1ª Região: André Prado de Vasconcelos*

*2ª Região: Eduardo André Brandão de Brito  
Fernandes*

*3ª Região: Marcelle Ragazoni Carvalho*

*4ª Região: Nelson Gustavo Mesquita  
Ribeiro Alves*

*5ª Região: Antônio José de Carvalho Araújo*

### SECRETÁRIO-GERAL

*Fernando Marcelo Mendes*

### PRIMEIRO-SECRETÁRIO

*Rodrigo Machado Coutinho*

### TESOUREIRO

*Frederico José Pinto de Azevedo*

### REVISTA

*Fernando Quadros da Silva*

### CULTURAL

*Marcos Mairton da Silva*

### SOCIAL

*Marcelo da Rocha Rosado*

### RELAÇÕES INTERNACIONAIS

*Raquel Coelho Dal Rio Silveira*

### ASSUNTOS LEGISLATIVOS

*Carlos Eduardo Delgado*

### RELAÇÕES INSTITUCIONAIS

*Candice Lavocat Galvão Jobim*

### ASSUNTOS JURÍDICOS

*Alexandre Ferreira Infante Vieira*

### ESPORTES

*Gabriela Hardt*

### ASSUNTOS DE INTERESSES DOS APOSENTADOS

*Sérgio Feltrin Corrêa*

### COMUNICAÇÃO

*Paulo André Espírito Santo Bonfadini*

### ADMINISTRATIVO

*Alexandre Berzosa Saliba*

## TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

*Marcelo Lelis de Aguiar*

## COORDENADOR DE COMISSÕES

*Fábio Moreira Ramiro*

## PRERROGATIVAS

*Marcel Citro de Azevedo*

## SUPLENTES

*Paulo César Villela Souto Lopes Rodrigues*

*Fernando Nardon Nielsen*

*Sandro Nunes Vieira*

*Ronivon de Aragão*

## CONSELHO FISCAL

*Claudio Kitner*

*José Airton de Aguiar Portela*

*Marianina Galante*

*Leonardo da Costa Couceiro (suplente)*

*Marcelo Guerra Martins (suplente)*



## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| 1. A apropriação do estado sobre o corpo da mulher | 13 |
|--|----|

---

*Mônica Thaís Souza Ribeiro*

|   |    |
|---|----|
| 2. As questões raciais e poder judiciário: enfrentamentos necessários | 27 |
|---|----|

---

*Adriana Alves dos Santos Cruz*

*Alcioni Escobar da Costa Alvim*

|  |    |
|--|----|
| 3. Prisão domiciliar e os espaços destinados à mulher - uma reflexão a partir das teorias de Nancy Fraser e Carole Pateman | 45 |
|--|----|

---

*Carolina Soares Castelliano Lucena de Castro*

*Gisela Baer de Albuquerque*

|   |    |
|---|----|
| 4. Sistema de justiça penal: a seletividade de gênero como desafio à construção de uma ordem social igualitária | 59 |
|---|----|

---

*Roberto Carvalho Vêloso*

*Kenny Regyna Mesquita Passos*

|  |    |
|--|----|
| 5. Direitos fundamentais e as compreensões de sexo e gênero: a transexualidade como caso emblemático | 87 |
|--|----|

---

*Roger Raupp Rios*  
*Alice Hertzog Resadori*

|  |     |
|--|-----|
| 6. O (des)valor do trabalho da mulher rural e o reconhecimento de direitos previdenciários no Brasil | 105 |
|--|-----|

---

*Luciane Merlin Clève Kravetz*  
*Tani Maria Würster*

|   |     |
|---|-----|
| 7. Audiência de custódia e seletividade penal | 117 |
|---|-----|

---

*Philippe Benoni Melo e Silva*  
*Alexandre Morais da Rosa*  
*Aury Lopes Jr.*  
*Lorena Alves Ocampos*

|   |     |
|---|-----|
| 8. Liberdade de expressão e expressões da desigualdade de gênero - a contribuição das teorias feministas para a definição dos marcos teóricos do discurso de ódio contra mulheres | 129 |
|---|-----|

---

*Claudia Maria Dadico*

|   |     |
|---|-----|
| 9. Igualdade de gênero e poder: uma análise sob a perspectiva da representatividade da mulher na magistratura | 147 |
|---|-----|

---

*Leda de Oliveira Pinho*

|  |     |
|--|-----|
| 10. Neoinstitucionalismo e representatividade das mulheres no sistema de justiça: uma análise da pec n°. 43/2016 | 167 |
|--|-----|

---

*Clara da Mota Santos Pimenta Alves*  
*Gabriela Macedo Ferreira*

|   |     |
|---|-----|
| 11. O impacto da reforma da previdencia social para as mulheres | 181 |
|---|-----|

---

*Carina Cátia Bastos de Senna*

|  |     |
|--|-----|
| 12 A revitimização da mulher nas salas de audiência e a falta de um protocolo de rotinas para os juizados de violência doméstica | 189 |
|--|-----|

---

*Rejane Jungbluth Suxberger*

|                      |     |
|----------------------|-----|
| Sentenças e Decisões | 199 |
|----------------------|-----|

---

|  |     |
|--|-----|
| Decisão interlocutória                 |     |
| <i>Cristiana Torres Gonzaga</i> .....  | 199 |
| Sentença                               |     |
| <i>Silvana da Silva Chaves</i> .....   | 203 |
| Apelação                               |     |
| <i>Leila Arlanch</i> .....             | 209 |
| Decisão                                |     |
| <i>Leila Cury</i> .....                | 243 |
| Procedimento do Juizado Especial Cível |     |
| <i>Caroline Santos Lima</i> .....      | 246 |
| Sentença                               |     |
| <i>Roger Raupp Rios</i> .....          | 249 |
| Ementa                                 |     |
| <i>Gilda Sigmaringa Seixas</i> .....   | 282 |
| Decisão                                |     |
| <i>Gilda Sigmaringa Seixas</i> .....   | 289 |



# A APROPRIAÇÃO DO ESTADO SOBRE O CORPO DA MULHER

1

*Mônica Thaís Souza Ribeiro<sup>1</sup>*

## INTRODUÇÃO

O termo igualdade nos parece muito distante de ser efetivo na vida das mulheres, pela liberdade cerceada que elas sofrem em razão da perpetuação de dogmas religiosos, conservadorismo em detrimento da saúde, em desencontro com o alcance de uma sociedade mais tolerante, equilibrada e justa. Entendemos que o corpo da mulher deve ser controlado por ela, somente.

Reconhecemos que há uma ideia de sacralidade no corpo humano (LE BRETON; 2010) na vida e ainda, aspectos morais, religiosos e dogmáticos que explicam a contínua e insistente forma de tentar controlar o corpo feminino, fruto do patriarcado balizador de uma suposta postura que o ser feminino deve exercer.

Pressuposto metodológico que as leis são escritas com base nos costumes da sociedade, e a postura feminina hoje reflete a dominação masculina, podemos afirmar que existe uma dominação institucionalizada. Sabemos que não é o fato do costume ser transformado em lei que o fará ser cumprido. A lei é só uma letra, está em um papel que somente ganhará vida se assim for respeitado e vivido.

O tratamento dispensado às mulheres nas decisões do Poder Judiciário como legal e constitucional deveria primar pelo princípio da igualdade. Mas não é assim que observamos as decisões. Acontece dentre as restrições de direitos frutos do patriarcado, a ausência de liberdade de dispor sobre o próprio corpo, que talvez seja mais nociva. É ela que aumenta diariamente a lista de mulheres mortas em todo o Brasil por tentativas frustradas de abortar. O que os nossos olhos enxergam não é neutro ou exatamente o que está ali. É fruto de consumo e de cultura. A forma como observamos e percebemos os fatos, atos

---

<sup>1</sup> Advogada. Aluna do Curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas pelo UniCEUB. Membro do Grupo de Estudos Feministas Rose Muraro. Brasília-DF 2018

e determinações, são aparentemente de natureza inerente ao certo e errado, ou ainda, em acordo com a legislação, mas tudo isso é fruto de cultura, tradição e imposição de consumo.

Para garantir a dignidade, hoje é necessário a equidade nas relações de trabalho (respeitas as necessidades do corpo feminino e as demandas maternas), diminuição do impacto moral religioso nas decisões judiciais. Este estudo tem enfoque na visão de igualdade para Ronald Dworkin<sup>2</sup>, sob um olhar feminista a buscar fundamentos para construção de uma sociedade menos desigual, respeitadas as escolhas e as responsabilidades individuais, em suas diferenças.

A premissa deste trabalho é a inclusão da mulher como figura de direito, numa apresentação dos paradigmas enfrentados hodiernamente por questões de gênero e a abordagem de uma nova percepção do papel que a mulher ocupa na sociedade.

O objetivo principal do trabalho, portanto, é analisar as formas de apropriação do corpo da mulher pelo Estado, a desigualdade de gênero e buscar maneiras de cumprir o princípio constitucional da igualdade, rompendo com o patriarcado, com a religiosidade aplicada nas decisões e ainda, romper com valores sociais estabelecidos por homens, a excluir e punir os interesses da mulher. A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica.

## 1. INTEGRIDADE

O grande problema do direito é tentar eliminar o problema do direito, com direito. Exemplifica isto com as leis gerais abstratas. O problema do direito, afirma o autor, começa com as normas, não é a lei que dá as respostas. É necessário analisar cada caso, entende-lo. Substância não deixa de ter forma, tal como processo não deixa de ter conteúdo. São igualmente importantes. (DWORKIN, 2011)

Compreendemos que não há decisão padrão. Cada caso é um caso, específico e assim deverá ser analisado. Os princípios concorrentes são igualmente bons. O aplicável para aquela situação fática será o bom para aquele momento.

A Constituição Federal é uma revolta de princípios (CARVALHO NETTO, 2011). Desta forma, questiona-se: qual é a norma aplicável? O fato de termos normas gerais abstratas, cria situações abusivas, pois em diversos casos, se o juiz não mergulhar no caso concreto, poderá haver ganho de causa em

---

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. Talking rights seriously. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1977/1978. P.273-4. Teresinha Inês Teles Pires explica que não se pode perder o foco na precedência que Dworkin confere ao princípio da igual consideração na estrutura do seu pensamento moral e político. A categoria da igualdade é central no pensamento de Dworkin, como um todo. O reconhecimento dos direitos de liberdade é necessário por se tratar de uma exigência do direito à igual consideração. Nesse sentido, a passagem da esfera da ética e da moralidade pessoal para a esfera da moralidade política é conceptualmente sedimentada através da análise das obrigações morais do indivíduo para com os interesses dos outros na dimensão coletiva, ou seja, no que se refere às suas obrigações políticas.

situações totalmente equivocadas. Mal interpretadas e justificadas de maneira superficial e não analisada ou sequer atualizada à demanda da sociedade atual.

Faz necessário saber que o direito por si só não impede o descumprimento da norma. O discurso de justificação de que princípios não são contraditórios, explica que eles são complementares (CARVALHO NETTO, 2011).

A teoria de Dworkin pelos direitos sociais, a crítica da pré-compreensão, a atividade hermenêutica do jurista, a comunidade de princípios, a ideia da constituição entendida por ele, bem como o entendimento de que nenhum direito tem validade absoluta, e ainda, a influencia da moral no direito – a construção formal do direito legislado que acaba por ter uma função de peneirar questões morais.

Tudo isso nos leva a refletir sobre o papel do direito hoje e os argumentos de defesa, sua efetividade, os obstáculos e óbices. A liberdade, a igualdade, e tudo que é possível ser pensado, questionado e desconstruído sobre as premissas anteriormente arraigadas e marginalizadoras de uma sociedade que clama por dignidade.

Integridade não é coerência. Em sua obra “Império do Direito”, no capítulo “integridade”, Dworkin afirma:

“O Estado carece de integridade porque deve endossar princípios que justifiquem uma parte dos seus atos, mas rejeitá-los para justificar o restante. Essa explicação distingue a integridade da coerência perversa de alguém que se recusa a resgatar alguns prisioneiros por não poder salvar todos. Se tivesse salvado alguns, escolhidos ao acaso, não teria violado nenhum princípio do qual necessita para justificar outros atos. Mas um Estado age desse modo quando aceita uma solução conciliatória salomônica, o que a integridade condena é a incoerência de princípio entre os atos do Estado personificado.”

Há, portanto, uma coerência perversa, e por isso é o Estado que a integridade condena.. Numa simples alegação de que alguma justiça pode ser melhor do que nenhuma.

É sabido que ao completar quarenta anos, mais de uma em cada cinco mulheres já fez um aborto. O número é muito significativo e em razão da criminalização, a morte ou diversos problemas que levam ao falecimento de milhares de mulheres por ano no Brasil, por situação de abortos clandestinos ou em consequência deles (DINIZ; 2010), torna a questão de saúde pública emergencial. O Estado não pode ser omissivo, passivo e conivente com estas mortes.

Em decisão recente do Supremo Tribunal Federal, habeas corpus 124.306 do Rio de Janeiro, acalorou-se debate em razão do voto do Ministro Luís Roberto Barroso ao proferir voto a favor da descriminalização do aborto, enfrentando a questão de saúde pública que as mulheres experimentam no Brasil de hoje, compreendendo em sua decisão que o aborto até o terceiro mês de gestação não é crime. E alega: “Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro”.

## 2. UMA HIPOTESE DE AUTONOMIA DOS CORPOS

Feito um levantamento histórico da situação atual de submissão da mulher, desde 1861, quando era ela a detentora do controle – vista ausência de monogamia – por ter o controle da prole, aos tempos atuais em que além de acumular funções e tarefas domésticas, as mulheres sofrem violência no âmbito familiar desde o nascimento.

As mulheres já estiveram no controle e no poder da administração pública – daí o significado do termo ginecocracia. Nos primórdios, as mulheres quem tinham o controle, uma vez que não era possível determinar a paternidade dos filhos nascidos naquela época, a identificação dos laços familiares era somente por parte materna. (ENGELS, 2006)

“O estudo da história da família data de 1861, com o aparecimento do livro *Direito Materno* de Bachofen. Nesse livro o autor faz as seguintes afirmações: 1- nos tempos primitivos, os homens viviam em total promiscuidade sexual – chamada impropriamente de heterismo por Bachofen; 2- Esse tipo de relação excluía qualquer possibilidade de estabelecer, com segurança, a paternidade, de modo que a filiação só podia ser contada por linha feminina, segundo o direito materno, e que isso ocorria em todos os povos antigos; 3- por conseguinte, as mulheres, como mães, como únicos genitores conhecidos da nova geração gozavam de elevado grau de apreço e consideração chegando, segundo afirma Bachofen, ao domínio feminino absoluto (ginecocracia); (...) a passagem do ‘heterismo’ para a monogamia e do direito materno para o paterno se processa, segundo ele, particularmente entre os gregos, em consequência de um ulterior desenvolvimento das concepções religiosas (...) Dessa maneira, não foi o desenvolvimento das condições reais de vida dos homens, mas o reflexo religioso dessas condições na cabeça deles que, segundo Bachofen, determinou as transformações históricas na situação social recíproca do homem e da mulher” (Engels; 2ª edição, p.19)

A religião e seu movimento político de controle da condução social, ditador de regras, as transformações históricas realizadas a todo e qualquer custo, fogueira, enforcamento e morte como pena de descumprimento de seus preceitos se arrastam até hoje para manter o controle e a manutenção de seu poder de decidir e dominar a mentalidade estreita de um mundo sem acesso à educação; e manipulados – a maioria de nós, ainda vivi num espaço em que a religiosidade tem supremacia e relevância nas decisões. Perpetuamos assim, a punição eterna de mulheres, por terem nascido com útero.

A proposta de (DWORKIN, 2011) na obra *Domínio da Vida*, é de que esta tornou-se algo de um valor inerente e inviolável, de maneira que todas as questões morais, religiosas e as controvérsias em torno do aborto se dão em razão disso. A supervalorização da vida humana, fazendo com que acreditemos que é necessário fazer algo extraordinário, tornando a vida um bem jurídico



fundamental, está ligado também à possibilidade de manipular e controlar pessoas a partir dessa premissa.

Na compreensão de que a vida tem um valor que nasce com ela, a questão deixa de depender do feto ter ou não direitos e interesses que deve ser zelados pelo Estado, e diz que “Uma coisa é intrinsecamente valiosa, ao contrário, se seu valor for independente daquilo que as pessoas apreciam, desejam ou necessitam, ou do que é bom pra elas”. Dworkin explica os valores que a vida pode ter. A saber: Valor subjetivo – aquele que a própria pessoa dá à sua vida; o valor instrumental – da vida enquanto produção; e o valor intrínseco – que é inerente à vida.

Numa perspectiva sociológica e antropológica, Le Breton define que a realidade é construída a partir do próprio corpo, ignorando a ideia de que este corpo seja construído da identidade da pessoa, mas por reflexos da cultura associada. Segundo ele “a sociologia aplicada ao corpo distancia-se das asserções médicas que desconhecem as dimensões pessoal, social e cultural de suas percepções sobre o corpo” (LE BRETON, 2010)

Conforme o autor, com fulcro em estudos realizados com diversas profissões que usam o corpo para o labor, tais como às artes, o artesanato, esportes, arte circense, foram analisadas as formas de sentir dor, de conhecer o próprio corpo, de se reconhecer enquanto um corpo e as influências da cultura e da sociedade sobre este corpo, bem como a manifestação de comportamento e como os sentimentos e emoções se manifestam.

Ao abordar a questão do controle dos corpos, Le Breton busca o contexto do reflexo do geral para o individual – desde o envelhecimento do corpo, as mudanças da modernidade, as aparências e os gostos e julgamentos que se faz, tudo sempre em movimento com os tempos, considerando sempre o corpo como suporte de valores estabelecidos conforme a época, ora pelo avanço da medicina, ora pelo senso estético de cada tempo.

Tudo isso é relevante sob o aspecto da compreensão de como observamos o corpo e do que ele faz parte. Os reflexos da mudança social, da cultura transitória e de todas as influências da religião, da política e da escola, nas pequenas escolhas diárias, nas imposições veladas, irão influenciar no controle dos corpos e, conseqüentemente, das mentes e vida.

As investigações sobre o corpo devem ser profundas e analíticas, visto a magnitude do assunto que abrange desde a antropologia, sociologia, comportamento, com significados e representações distintos em cada temática. É pertinente observar cada um desses aspectos, uma vez que todos eles influenciarão na formação dos corpos, a forma como são tratados, observados e legislados.

Todas essas questões precisam ser analisadas detalhadamente, pois conforme afirma Le Breton, faz-se necessária a análise do momento do “enraizamento físico do ator no universo social e cultural”, conduzindo assim o caminho da corporeidade e conseqüentemente as legislações oriundas a partir de toda essa narrativa.

A ideia da dignidade da pessoa humana surgiu com os direitos sociais, após a 1ª guerra mundial. Tal como as ideias de liberdade e igualdade, podem ser amplas demais, o conceito e abrangência da dignidade da pessoa humana pode ser, como pode não ser coisa nenhuma.

Caso crescêssemos em uma cultura que naturalmente permitesse a cada ser dispor de seu corpo, conforme suas escolhas – oferecendo meios de proteção e segurança para isso – claramente entenderíamos o aborto como um processo natural de escolha da mulher. Não seria interpretado por questões morais e julgamentos perversos de tratar-se de método contraceptivo. Pelo contrário, a reflexão exige alcance de algo que a nossa atual sociedade não viveu, por isso, trata-se de algo tão assustador.

**A mulher deve ser livre para dispor do seu próprio corpo pelo argumento de preservação da sua saúde mental. A negativa das escolhas sobre o próprio corpo, a criminalização do aborto, a condenção social que repousa sobre o tema e ainda, tudo que esta mulher irá passar fisicamente, as dores, a invasão, o constrangimento, os riscos, são imensuráveis no que diz respeito a sofrimento e desconforto em aspectos físicos, emocionais e psíquicos. E em segundo plano, as inúmeras consequências negativas para os familiares da mulher obrigada a gestar.**

**Na obra Sociologia do Corpo, David Le Breton afirma: “O corpo parece explicar-se a si mesmo, mas nada é mais enganoso. O corpo é socialmente construído, tanto nas suas ações sobre a cena coletiva quanto nas teorias que explicam o seu funcionamento ou nas relações que mantem com o homem que encarna (...). Assim, o corpo não é somente uma coleção de órgãos arranjados segundo leis da anatomia e da fisiologia. É, em primeiro lugar, uma estrutura simbólica, superfície de projeção passível de unir as mais variadas formas culturais”**

Não obstante pensarmos no corpo como algo único e individual, devemos refletir sobre o quão nocivo tornou-se a manutenção das distinções entre homem e mulher por questões de gênero, obrigando esta última a arcar com responsabilidades aquém dos princípios da igualdade e da liberdade, por interpretações culturais influenciadas por uma moral cristã ultrapassada e não laica.

As mulheres tem sua história marcada pelas escolhas que precedem ao seu nascimento, visto a sociedade culturalmente masculina ditar a forma de vida estabelecida, ordenada e programada para elas (BEAUVOIR, 1980).

Percebemos o destino traçado às mulheres. A escolha antecipada de suas vagas e locais onde deverão permanecer e estar. Nascerem já sabendo onde não são bem vindas, o que melhor lhes convém e como devem agir. Nascerem programadas a jamais serem o que quiserem. Mas o que permitido for.

O poder simbólico (BOURDIEU, 1989) é invisível, e a limitação do espaço da mulher, neste caso é simbólica, pois ela já é tão estabelecida como

natural pela igreja, nas escolas, nas famílias, que a mulher já cresce seguindo essas regras de opressão impostas à sua própria condição existencial sem capacidade de qualquer análise crítica.

O que torna desafiador reconhecer e refletir sobre as imposições já postas e estabelecidas como *normais* ou *naturais*. Romper com essa construção da realidade quase que imperceptível, mágica. Sutil e tão determinante para criar regras e estabelecer lugares, formatos e espaços divididos por classes.

Galgar espaço na sociedade têm sido a grande batalha, passando desde as sulfragistas, ao anticoncepcional, o direito de trabalhar fora de casa e fazer escolhas, possibilitando à mulher espaços diversos às atividades restritas ao lar.

É sabido que a competição começou a ficar mais próxima entre homens e mulheres a partir do acesso destas à educação acadêmica, aumentando a qualificação e gerando mais renda para o sustento próprio e do lar. Este fato diminuiu a dependência da mulher e aumentou o número de divórcios (BOURDIEU, 1989).

No Brasil, em 1985 foi criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, o que assegurou diversos direitos básicos da mulher, que, apesar de ter garantida na Constituição Federal de 1988 a igualdade, sabe-se que no dia a dia existe um sem número de agravantes e descumprimento diários, do que lhes é garantido por lei.

A predominância da violência física e sexual sofrida pela mulher é praticada pelo seu parceiro íntimo, e dados alarmantes de violência sofrida pela mulher influenciam diretamente no grau de civilidade da sociedade. Segundo estudos realizados no Egito, a maioria das mulheres violentadas não eram as com menor parte coberta do corpo, desvendando portanto, o mito de que a vestimenta influencia na violência. O texto traz ainda referências de coletivos feministas, como a marcha das vadias, cujo nome pejorativo se transforme em algo de poder: se ser vadia é ser mulher. Em razão da profusão de mitos sobre a roupa da mulher, a postura dela, tornou-se urgente o grito coletivo de mulheres em defesa dos direitos de seus corpos. [https://nacoesunidas.org/agencia/opasoms;](https://nacoesunidas.org/agencia/opasoms/) 2005).

Em março de 2017, mulheres do mundo inteiro se reuniram para marchar em luta pelos seus direitos, na cidade de Washington nos Estados Unidos, para mobilizar políticos e pessoas a enxergarem a situação atual da mulher, a luta e as aspirações.

“Acreditamos que os Direitos das Mulheres são Direitos Humanos e Direitos Humanos são Direitos das Mulheres. Este é o princípio basilar e original do qual todos os nossos valores derivam (...) Devemos criar uma sociedade na qual todas as mulheres – em particular as mulheres negras, as mulheres indígenas, as mulheres pobres, as mulheres imigrantes, as muçulmanas e as mulheres queer e trans – sejam livres e capazes de cuidar e alimentar suas famílias, independentemente de suas configurações, em ambientes seguros e saudáveis, isentos de impedimentos estruturais” (Carta de Princípios, Women’s March on Washington; 2017)

Angela Davis proferiu este discurso cujos princípios basilares para a busca da igualdade e liberdade da mulher sejam alcançados. Para que seja possível uma vida autônoma, livre e segura. Para fortalecer os ambientes privados e torna-los mais seguros às mães solas. Para que o Estado enquanto organizador social seja capaz de alcançar os princípios que regem os direitos humanos.

Na Obra “Dominio da Vida”, encontramos o seguinte (DWORKIN, 2011):

“Pessoas diferentes, com convicções profundamente diferentes sobre uma vasta gama de questões religiosas e filosóficas, dão respostas diferentes a essas perguntas, e essas respostas diferentes condizem com as principais divergências de opinião sobre o aborto. Se pudermos entender a controvérsia sobre o aborto como um debate ligado a outras diferenças de opinião religiosa e filosófica, entenderemos bem melhor em que e por que divergimos. Estaremos também em melhores condições de enfatizar os pontos em que concordamos e de perceber de que modo nossas divisões, por mais profundas e dolorosas que sejam, ainda assim estão arraigadas em uma unidade fundamental de convicção humanitária. O que compartilhamos é mais fundamental do que nossas divergências sobre sua melhor interpretação.”

A profundidade do esclarecimento baseado no respeito mútuo, a convidar para um pensamento coletivo de busca de solução ao invés de um combate intelectual ou entre uma medição de forças religiosas, seria fundamental para encontramos uma condição melhor de vida em sociedade.

“As mulheres precisam da liberdade de tomar decisões relativas à reprodução não apenas para reivindicar o direito de serem deixadas em paz, mas sim, na maior parte das vezes, para fortalecer os laços que as unem aos demais: para planejar responsabilmente uma família cujo sustento possam prover, para dar conta de seus compromissos profissionais assumidos com o mundo exterior, ou para continuar a sustentar suas famílias ou comunidades. Em outros momentos, a necessidade de abortar se impõe não a partir de um impulso assassino de por fim a uma vida, mas da dura realidade de um parceiro financeiramente irresponsável, uma sociedade indiferente aos cuidados com os filhos e um ambiente de trabalho incapaz de atender às necessidades dos pais que trabalham [...] Seja qual for a razão, a decisão de abortar é quase invariavelmente tomada no contexto de uma rede de responsabilidades e compromissos interligados, conflitantes e, em geral, irreconciliáveis.” (DWORKIN, 2009)

Para além da sobrecarga de gestar e ser diretamente responsável – desde o aleitamento e os cuidados maternos – pelo bem estar do nascituro, a mulher é impedida a decidir financeiramente, estruturalmente sobre a vida e futuro dos filhos já existentes e a impossibilidade de conciliar tempo, dinheiro e estrutura para mais um. E a ausência de políticas públicas para cumprir os direitos previstos na constituição, além de punir somente à mulher em responsabilizar-la – a impede legalmente de decidir por não conseguir lidar com tal fardo.

O peso moral é sobreposto pelo risco de aprisionamento por uma decisão de tentar manter o mínimo de dignidade – muitas vezes de pequenos núcleos familiares minimamente estruturados e frágeis – para seguir em uma vida permeada por dificuldades e percalços sofridos pela desigualdade de gênero, diferenças salariais e êxodo paterno na criação geral dos filhos.

### 3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito estabelece expectativas de comportamento, veda, criminaliza e regula condutas. Isso não pode ser neutro. Igualdade é direito a diferença. É importante nos colocar no lugar do outro, ter empatia para tentar entender e pensar nas formas de proceder. O grande entrave é percebido quando direitos fundamentais são problematizados e revelam muitos preconceitos da sociedade. (CARVALHO NETTO, 2011).

Não há mais “princípios e regras” cegamente. É preciso avaliar. O problema estrutural das regras é que não posso ter regras opostas (DWORKIN, 2011). O motivo principal para a autorização legal da disposição da mulher sobre o próprio corpo, é a sua integridade mental. A visão contramajoritária sobre o direito da mulher ao aborto é importante, pois a questão religiosa é sempre um problema e vivemos em um país católico.

A desconstrução do que está posto pode ser um bom caminho para buscarmos respostas à questões que apresentam barreiras morais, aspectos religiosos a intervir nas decisões que deveriam proteger as mulheres que se encontrem impedidas de dispor de um feto, doente ou não, fruto de violência sexual ou não, garantindo-lhes igualdade formal e material. O direito precisa ser interpretado a considerar que vivemos em sociedades plurais, desafiadas a todo tempo pelas exigências de uma justiça igualitária.

As mulheres são socialmente silenciadas em seus direitos, nas suas necessidades e apelos. Hodiernamente a violência física, os recorrentes abusos sexuais, a pornografia, o analfabetismo e o excesso de trabalho doméstico são opressões sociais naturalizadas – as mulheres sequer reconhecem seus direitos.

Pretendemos contribuir com a redução do elevadíssimo número de mortes de mulheres, marginalizadas pelo judiciário, pela sociedade e por suas famílias, ao se depararem com a situação de necessidade de realização do aborto. A busca pela igualdade não requer reflexão e sim mudança nas relações entre a vida e o direito (MACKINNON, 1989).

Tais mudanças entre a relação à vida e o direito são de aspectos grandiosos, razão pela qual enfrentam tamanha resistência. Encontramos respaldo na seguinte percepção (PIRES, 2016):

“A mulher que reivindica o direito de praticar o aborto está pleiteando o reconhecimento de sua capacidade de compreender, com base em seus valores pessoais, o impacto da interrupção voluntária da gestação em sua vida como um todo. No mesmo passo, avalia o impacto negativo que a assunção da responsabilidade pelos encargos

da maternidade pode produzir em sua vida. Se o embrião não possui ainda os direitos de personalidade, e se o seguimento da gestação e o nascimento futuro da criança levará a uma grande perda em termos de expectativas de felicidade, a mulher é capaz de balancear todos os elementos éticos e morais envolvidos em sua escolha. Acredita-se que a mulher, com apoio na percepção que tem de si mesma enquanto agente moral, tem o direito de formular juízos valorativos no que concerne à importância da vida, cujo desenvolvimento apenas se inicia em seu ventre”.

Percebe-se, portanto, uma necessidade de dar à mulher autonomia sobre seu corpo, para que possa, por meio da autodeterminação, usufruir de sua escolha moral decidir se pode ou não levar a diante uma gravidez, com saúde, dignidade e segurança.

#### **4. ASPECTOS DA IGUALDADE PARA RONALD DWORKIN**

Ao trata sobre igualdade, Dworkin sugere que ela existe quando há igualdade de recursos e para tanto, tem como princípios básicos da sua teoria de justiça a escolha e a responsabilidade. A escolha como princípio norteador de avaliação da relação entre liberdade e igualdade nas relações. Enquanto o princípio da responsabilidade imprime a idéia de dever de cada um sobre o próprio sucesso.

Nesta linha, em uma interseção entre o direito civil e o direito constitucional, será feita análise do princípio da igualdade na dicotomia homem e mulher no tratamento dispensado pelo Estado em suas diversas áreas de atuação. A jurisprudência brasileira, pautada em julgamentos morais e religiosos, recua quando já deveria ter avançado a respeito da legalização do aborto, que trará maior autonomia da mulher sobre seu corpo, proteção à saúde e consequentemente, liberdade e igualdade para a tomada de decisões.

A forma patriarcal de recusa do reconhecimento de que o corpo da mulher só a ela pertence têm se perpetuado sob argumentos frágeis e inócuos – desde proteção à suposta “vida” intrauterina, à moral cristã, dentre outras questões alheias ao direito. Desta forma, estamos marginalizando os direitos das mulheres, responsabilizando-as pela gestação e criação dos filhos, muitas vezes fruto de relações não estáveis – ou ainda que estáveis – restaram sob sua principal ou única responsabilidade.

É um equívoco decisões pautadas em princípios morais, em uma moralização da sociedade de maneira simplória. No direito deve haver regras e estratégias jurídicas, sendo as regras aplicadas a maneira do tudo-ou-nada e os princípios analisados de acordo com a dimensão do peso ou importância no caso concreto (DWORKIN, 2011).

Na primeira parte da obra “Justiça para Ouriços” ao falar sobre filosofia e vergonha, explica a distância entre pobres e ricos, cada vez mais crescente

nos países ricos – a exemplo dos Estados Unidos – o que faz parecer ser a filosofia política academia artificial e comodista, tornando a possibilidade de uma reforma ser efetiva, muito remota (DWORKIN, 2011). Esta afirmação se dá em razão da crescente distância entre os ricos e pobres, os benefícios em excesso para aqueles e cada vez menores para estes, distanciando cada vez mais a possibilidade de igualdade para um povo.

Afirma que os políticos de centro esquerda esforçam-se a ajudar os mais pobres e que a melhor forma de fazer isso é não extrapolar o que os mais abastados estão dispostos a dar. No caso de comunidades marcadas pela diferença racial e étnica, isso fica mais difícil ainda, pois as pessoas não estão dispostas a ajudar grupos que não se identificam; que não fazem parte e que são diferentes delas. Ressalta a importância de insistir nessa questão de incomodar os acomodados, visto que o egoísmo deles afeta a legitimidade do conforto que usufruem. (DWORKIN, 2011)

Sobre esta ideia de “incomodar os acomodados”, interpretamos como apelo ao reconhecimento de que o corpo da mulher somente a ela pertence, garantidos os benefícios e respaldo jurídico a ela. Necessária se faz a conscientização do tema, falar sobre gênero nas escolas, desde a infância para meninas e meninos, famílias. Ressaltamos a ideia de que não podemos decidir sobre escolhas individuais que gerem consequências negativas às mulheres. A reflexão busca dar fim às diversas violências que decorrem desta opressão e marginalização de direitos, fruto do patriarcado que consolida discriminação, inferioriza e mata mulheres.

Não há que se falar em culpa ou responsabilidade da mulher sobre isso. Uma vez que a única que irá arcar com todas as consequências dos cuidados com seu corpo, e no caso do aborto, ela corre o risco de morrer ou de ir presa, e ainda assim o faz, não podemos desconsiderar tema de tamanha complexidade.

A ausência de responsabilidade do governo sobre a distribuição de recursos e maximização de algum bem agregado tem a vantagem da aplicação da política de respeito à responsabilidade individual das pessoas pelas suas próprias vidas.

Quando o Estado não é capaz de fornecer meios de subsistência às populações carentes, não cumpre a Constituição em sua obrigação de dar acesso à educação, saúde, lazer, alimentação, é necessário portanto, que permita que o indivíduo possa fazer suas próprias escolhas na análise de sua condição social.

A mulher que aborta, não o faz porquê quer, simplesmente. Ela o faz por ser a única forma de não aumentar a família de famintos. Porque não tem como cuidar. Não há meios de subsistência para toda a prole ou ainda, sua saúde não permite que ofereça todos os cuidados que uma criança requer.

É cediço lembrar que a Constituição tem por obrigação a proteção da família e segundo pesquisas realizadas, a maioria das mulheres que abortam hoje no Brasil, já são mães e casadas (DINIZ, 2010). Esse caminho, é da culpabilização por uma situação em que, em verdade, a mulher é a vítima, colocando em risco a provedora (em grande maioria dos lares, hoje no Brasil).

Por outra ótica, existe a teoria de tornar as pessoas felizes de maneira igual, dar prioridade às menos felizes, tornar as pessoas iguais nas oportu-

nidades de alcançar felicidade, bem estar ou nas suas capacidades gerais. O problema é que as pessoas pensam diferente sobre o que é ser bem sucedido. Sobre o conceito de felicidade ou ainda, sobre a sua disponibilidade de dispor de algo que considera importante. Para aplicar esta teoria, seria necessário um juízo de valor comum sobre o que é uma vida boa, o que é felicidade – que resultaria numa ausência de valor na responsabilidade individual. (DWORKIN, 2016)

## CONCLUSÃO

Pressuposto que as leis são escritas com base nos costumes da sociedade, e a postura feminina hoje reflete a dominação masculina, podemos afirmar que existe uma dominação institucionalizada.

Uma vez imbuída da decisão de abortar, deverá então o Estado reconhecê-la como legítima para respaldo de garantias e preservação da integridade física, psíquica e moral, pensando numa justiça inclusiva e abrangente, sem marginalização pautada em religião, patriarcado ou desigualdade.

Percebemos que o valor atribuído aos corpos, à vida e consequência disso, a proibição do aborto, dá-se em consequência da cultura, das crenças reproduzidas. O desafio está em desconstruir o que está posto, repensar e emancipar o pensamento para uma visão coletiva e generosa.

Na perspectiva de igualdade de Dworkin, na ideia do Estado prover a todos igual chance de competir, igualdade antes dos fatos e acontecimentos – como nos exemplos citados – em comparação com os pleitos judiciais de criminalização do aborto, seria justo que a lei previsse a escolha de cada uma, individualmente. Deixaria, portanto, o Estado de intervir a esfera privada da vida de cada cidadã, participando como protetor de suas escolhas e guardião das regras de responsabilidades.

É necessária a aproximação do diálogo entre as políticas públicas a serem aplicadas e a sociedade, as mulheres e os representantes do governo para um diálogo sobre a implantação de medidas que protejam as mulheres em situações de risco, com a liberdade individual garantida para as mulheres se sentirem seguras de dispor de escolhas sobre seus corpos, como melhor lhe convir na situação em que vivem, garantido apoio psicológico e atendimento médico.

Uma visão moral da questão constitucional do aborto não possui fundamentos teóricos, mas somente apoio no patriarcado e na religiosidade. Esta prática, enquanto costume, torna-se ameaça ao Estado Democrático de Direito cuja premissa é garantir o cumprimento de seus princípios, especificamente da igualdade e da liberdade.

A abertura do Poder Judiciário ao tema vem travada e lenta. Quando uma decisão foi favorável ao reconhecimento de que o corpo da mulher não está a serviço do Estado, todas as demais proíbem a autonomia para decidir sobre o próprio corpo.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEAUVOIR, Simone de. O Segundo Sexo, v.I, II. Tradução Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A, 1989.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em 19 de janeiro de 2017.

CARVALHO NETTO, Menelick de ;SCOTTI, Guilherme. Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. v. 1. 167p .

DINIZ, Debora. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. 2010.

DWORKIN, Domínio da Vida. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. 2ª edição. 2ª tiragem. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo. WMF Martins Fontes. 2016.

\_\_\_\_\_. Justice for Hedgehogs. Harvard University Press, 2011.

\_\_\_\_\_. O Império do Direito. Tradução: Jefferson Ruiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGELS, Friedrich. A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. Tradução: Ciro Mioranza. 2 edição. Editora Escala, 2006.

HABERMAS, Jurgen. The Concept of Human Dignity and the realistic utopia of human rights. *Metaphilosophy*. Volume 41, Issue 4, p. 464-480. 2010. Tradução: Menelick de Carvalho Netto.

LE BRETON, David. A sociologia do corpo. 3 edição. Rio de Janeiro. Vozes, 2010.

MACKINNON, Catharine A. Hacia una teoria feminista del derecho. Toward a feminist theory of the state, 1989- Cambridge, Mass: Harvard University Press. Reproducido con autorización de la autora por Mariella Dentone - Universidad de Chile.

PIRES, Teresinha Inês Teles. Direito ao aborto, democracia e constituição. Curitiba: Juruá, 2016.

Referências em rede

<http://xpolitics.org/ptbr/wp-content/uploads/sites/2/2017/01/Marcha-das-Mulheres-Washington-2017.pdf>

<http://anis.org.br/>

<https://www.gutmacher.org/fact-sheet/induced-abortion-worldwide>

[http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85239/1/9789241564625\\_eng.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85239/1/9789241564625_eng.pdf)



# AS QUESTÕES RACIAIS E PODER JUDICIÁRIO: ENFRENTAMENTOS NECESSÁRIOS

2

*Adriana Alves dos Santos Cruz<sup>1</sup>  
Alcioni Escobar da Costa Alvim<sup>2</sup>.*

## **Canção de Ninar<sup>3</sup>**

*dorme, moça bonita  
deita no berço nação  
das balas, só laços e fitas  
perdidas no teu coração  
não chores a nossa desdita  
no leito te aperto a mão  
preta pele, cabelos e chitas  
alvos fáceis, mira do canhão  
embala, mocinha bonita  
te abraço, te ergo do chão  
a mulher que não foste se agita  
clama, implora uma ação  
dorme, menina tão rica  
de passados  
de tantos irmãos  
descansa, criança ferida  
o teu corpo é nosso quinhão  
de dor, de tristeza, de lida*

<sup>1</sup> Adriana Cruz. Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-RJ, Doutoranda em Direito Penal na UERJ. Juíza Federal no Rio de Janeiro. 05vfer@jfj.jus.br

<sup>2</sup> Alcioni Escobar da Costa Alvim. Juíza Federal na 1ª Turma Recursal dos Estados do Amapá e Pará. turma.recursal.pa@trf1.jus.br

<sup>3</sup> Poema de Eliana Alves Cruz, para Maria Eduarda Alves, 13 anos, vítima de bala perdida durante aula de Educação Física em sua escola, no Rio de Janeiro. In: Perdas: histórias para crianças que não têm vez. GERLACH, Kátia, STAUT, Alexandre (Org). Rio de Janeiro: Imã Editorial, 2017. p. 119.

*torpor, loucura e ilusão  
para o ventre retornas partida  
na barriga da terra o torrão  
de onde saíste pra vida  
para onde retorna em paixão*

A questão racial e de gênero na sociedade brasileira e na composição dos poderes do Estado deve ser objeto de reflexão e preocupação de todos os segmentos da sociedade. Vivemos em uma sociedade estruturada sobre um regime escravocrata e patriarcal, conseqüentemente todas as pessoas, assim como as instituições da nossa sociedade civil e institucional estão imersas nessa caldo histórico/social e econômico.

Ao analisar a transição da escravidão para o trabalho livre no Brasil, Célia Maria Marinho de Azevedo lança luzes sobre o imaginário social que surge no início do século XX, advindo do século XIX, do trabalho escravo como origem da indolência e má educação de todos os brasileiros, tributando-se ao imigrante europeu as virtudes do trabalho responsável e disciplinado<sup>4</sup>.

A autora suscita questionamento sobre o escopo desta construção. Lança-se sobre a indagação acerca da possibilidade de criação da imagem do negro e do mestiço como massa inerte e desagregada a partir de um imaginário racista hábil a justificar uma política de branqueamento pela imigração de europeus.

Demonstra que, se nos primeiros anos do século XIX, ante a perspectiva única de transformar os escravos em trabalhadores livres, já se delineavam projetos e disseminavam idéias<sup>5</sup> com o escopo de disciplinar socialmente este contingente humano a serviço do capital e com pretensões de formação de uma cidadania ou nacionalidade, sem que fosse questionada sua capacidade para o trabalho livre, em um segundo momento, a possibilidade de uma corrente imigratória européia alterou o tratamento conferido aos negros e mestiços.

Com a entrada do imigrante no cenário nacional, o negro passou a ser descaracterizado não só como trabalhador, mas foram frustradas suas pretensões de cidadania. A autora apresenta o sentido racista do imigrantismo. Narra que durante toda a década de 1870 travou-se, entre os deputados provinciais, intenso debate acerca do iminente fim do trabalho escravo e conseqüente reorganização da atividade econômica com o trabalho livre. Havia aqueles que preconizavam o aproveitamento e investimento no trabalhador nacional,

---

<sup>4</sup> AZEVEDO, C. M. M. de. **Onda Negra, Medo Branco. O negro no imaginário das elites do século XIX.** São Paulo: Annablume, 2004.

<sup>5</sup> Na obra de referência, Celia Maria Marinho de Azevedo narra que já em 1810 Antonio Vellozo de Oliveira, paulista formado em Coimbra, ofereceu a D. João VI uma “memória” na qual “procurava chamar a atenção do soberano sobre a necessidade de se formar no Brasil uma população homogênea e integrada num todo social”. A obra, intitulada Memória sobre os Melhoramentos da Província de S. Paulo, Aplicável em Grande Parte á Todas as Outras Províncias do Brasil, foi publicada em 1822 quando seu autor já compunha o Conselho de Estado do Imperador D. Pedro I. AZEVEDO, C. M. M. de. *Op. cit.* p. 31

entre ele incluído o ex-escravizado, e aqueles que defendiam ferrenhamente a solução imigrantista. Os defensores do imigrantismo calcavam seus argumentos claramente em uma ideologia racista. É importante registrar que os imigrantistas apresentavam, também, seletividade quanto à nacionalidade do estrangeiro a ser aqui aceito, tendo havido resistência clara àqueles de origem oriental. A autora expõe debates ocorridos entre deputados da Província de São Paulo que exemplificam a afirmação feita, conforme debates em Assembleia legislativa: “à exceção dos chins, da raça malaia, e dos africanos, entendo que todos os que vierem para o país contribuirão para a nova aurora de sua felicidade”<sup>6</sup>. A partir de 1880 a divisão entre as duas correntes desaparece, prevalecendo o projeto imigrantista.

“importa destacar aqui algumas características que parecem inerentes aos discursos nacionalistas da época: a exaltação da pátria em frases abstratas, generalizadoras; a depreciação da pátria nos momentos em que uma argumentação racista aponta para a inferioridade da ‘raça brasileira’; o caráter considerado irrefutável desta inferioridade, responsável por um nacionalismo defensivo, que se omite quanto à questão racial; e, por fim, a demonstração de que amar a pátria significa modificar a sua raça, purificando-a mediante a transfusão de sangue de raças superiores. Enfim, o problema de ser forjar uma identidade nacional confluía para a questão insistentemente colocada pelos imigrantistas – a purificação racial, o que queria dizer não só substituição do negro pelo branco nos setores fundamentais da produção, como também a esperança de um processo de miscigenação moralizadora e embranquecedor.”<sup>7</sup>

Sob outro enfoque, mas na mesma diretriz, Antonio Sérgio Alfredo Guimarães destaca que os negros e os índios foram absorvidos mais como pretendentes à miscigenação do que como aspirantes à cidadania em sua plenitude. O próprio processo de sua emancipação os “transformou em uma subclasse”.<sup>8</sup>

Isto se reflete na nossa realidade presente. A sistemática e constante sub-representação de determinados grupos nos órgãos do Estado, por exemplo, é indicativa de um déficit democrático: não há igualdade efetiva de acesso a todos os cidadãos.

A partir dessa contextualização, para que se possa realizar um debate aprofundado e legítimo sobre as desigualdades raciais no Brasil, é necessário descortinar o pano de fundo de questões que necessitam ser enfrentadas. Tal demanda não decorre de exclusiva opção do plano individual, mas de uma exigência da vivência democrática.

---

<sup>6</sup> ALSP, 1869, *apud* AZEVEDO, C. M. M. de. **Onda Negra, Medo Branco. O negro no imaginário das elites do século XIX**. São Paulo: Annablume, 2004, p. 126.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 124.

<sup>8</sup> GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. 2 ed., São Paulo: Editora 34, 2005

## 1. DAS PREMISSAS PARA REFLEXÃO

Há que se registrar três premissas da presente análise: historicidade da temática, raça como construção social e interseccionalidade das opressões que incidem sobre indivíduos ou grupos.

A primeira, é que questão racial e de gênero aqui abordada possui uma historicidade que precisa ser reconhecida. Ela tem raízes na resistência existencial da população negra, nas ações e reflexões do movimento negro, na elaboração teórica científica de inúmeros pesquisadores e intelectuais negros. Dessa forma é necessário salientar que seu aprofundamento possui vasta fonte de consulta, bibliografia inabarcável<sup>9</sup>, que ainda não alcançou a devida e necessária visibilidade, e tem a legitimidade de seu conteúdo contestada ao longo dos anos.

A segunda, de que há que se compreender a categoria raça como uma criação social, legitimadora de distinções entre indivíduos a partir de marcas fenotípicas e não sob a perspectiva biológica, reconhecidamente inexistente entre seres humanos, e dela se apropriar, para superar a hierarquização das existências humanas que implicitamente enuncia e assim superar o falacioso discurso de democracia racial.

Destaca-se a valiosa análise do professor Marcelo Paixão:

“Existem mecanismos poderosos de formação de hegemonia, de formação da normatização social e por detrás desse mecanismo que permite que a desigualdade social e a desigualdade racial sejam associados à ordem das coisas, sejam associados a paisagem? Não tenham dúvidas de que o discurso da democracia racial é um dos elementos integrantes, um dos elementos chave, porque é uma forma poderosíssima de produzir entre as pessoas, o quê? O convencimento de que a ordem social tal como está desenhada é normal, é natural”<sup>10</sup>.

E a terceira, de que a pluralidade das sociedades contemporâneas impõe a análise dos problemas sob uma perspectiva multidimensional (interseccionalidade). As chaves de leitura corretas e apropriadas nos permitem identificar os problemas com maior precisão, estabelecer os objetivos desejados e estabelecer estratégias para alcançá-los. O conceito de interseccionalidade também é indispensável como chave de leitura apropriada da realidade e conseqüente

<sup>9</sup> Abdias Nascimento, Adilson José Moreira, Beatriz Nascimento, Claudia Pons Cardoso, Conceição Evaristo, Djamilia Ribeiro, Lélia Gonzalez, Jurema Werneck, Lucia Xavier, Luiza Bairos, Marcelo Paixão, Nilza Iraci, Rosalia Lemos, Silvio de Almeida, Sueli Carneiro, Vilma Reis, apenas para citar alguns entre inúmeros intelectuais negros e negras, cuja produção precisa ser acessada para aprofundamento no tema.

<sup>10</sup> -Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=nzaska2MQs> . Minuto 14:04. Acesso em 07/11/201 Professor Marcelo Paixão- Palestra A Lenda da Modernidade Encantada: por uma crítica ao pensamento social brasileiro sobre relações raciais e projeto de Estado-Nação, registrada pelo Acervo Cultne com imagens e edição de Filó Filho em 13 de jun. 2017.

construção da melhor solução possível para os casos concretos que são apresentados ao sistema de justiça.

Kimberlé Grenshaw estrutura o conceito de interseccionalidade ao refletir sobre o caso General Motors em que mulheres negras haviam processado a empresa por discriminação em 1976, nos Estados Unidos da América. Os empregos disponíveis para negros eram empregos para homens (chão de fábrica); os empregos disponíveis para mulheres eram disponibilizados para mulheres brancas. Assim, às mulheres negras estavam interdidos os postos de trabalho pelos critérios racial e de gênero. À época o Tribunal não acolheu a pretensão, afirmando que não seria viável combinar as reclamações fundadas em gênero e raça.<sup>11</sup>

Assim, a professora Grenshaw buscou refletir sobre uma categoria que conseguisse elucidar e dar conta dessa realidade. Havia, evidentemente, uma combinação de fatores e estes precisavam de uma ferramenta que permitisse sua leitura. Nesse sentido, a interseccionalidade viabilizar que se lance luz sobre múltiplas opressões que incidem sobre indivíduos ou grupos, e permite que se enxergue o quadro geral a partir desse diagnóstico. Só assim é possível que se possa oferecer uma solução aos conflitos que dê efetividade ao princípio da igualdade constitucionalmente assegurado.

Posta tais premissas a **ferramenta fundamental** para compreensão do cenário no qual estamos inseridos é a do racismo institucional. O termo foi inicialmente cunhado por Stockely Carmichael, ativista dos direitos civis nos EUA, que posteriormente assumiu o nome de Kwame Ture, e Charles V. Hamilton, no livro *Black Power: The Politics of Liberation*.<sup>12</sup> Os autores estabeleceram a distinção entre o racismo manifestado entre indivíduos, daquele perpetrado por toda uma comunidade em detrimento de outra. No contexto de sua teoria, a menção se fazia diretamente ao racismo praticado por toda uma comunidade branca contra toda uma comunidade negra.

Enquanto o racismo individual se manifestava de forma mais evidente e recebia, por vezes, moção de repúdio, o racismo institucional se apresentava velado, indefinido, mas não menos destrutivo da vida. Assim, em sua visão, quando um segmento populacional, identificado pela raça, era submetido a condições precárias de saúde, educação e alimentação e, por conseqüência, posta em periclitante condições de vida em caráter sistemático, se fazia presente a manifestação do racismo institucional. Embora individualmente não se apresentem como atores de atos racistas, há indivíduos, na percepção de Carmichael, que dão suporte à instituições que estabelecem e mantêm práticas racistas.

---

<sup>11</sup> CRENSHAW, Kimberlé. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. In: University of Chicago Legal Forum. vol 1989, Article 8. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>. Acesso em 10 de dezembro de 2017

<sup>12</sup> CARMICHAEL, S, HAMILTON, C. **Black power; the politics of liberation**. London: Jonathan Cape, 1968

O caso da jovem Alyne Pimentel parece ilustrar, tristemente, o que até aqui foi exposto. Alyne era uma jovem, negra, de baixa renda, residente na periferia do Rio de Janeiro vítima de mortalidade materna (decorrente do parto) por falta de assistência médica adequada. Para relatar apenas parte de seu calvário, em suas últimas horas de vida, aguardou por mais de 8 (oito) horas por uma ambulância e foi atendida em um corredor de hospital por um profissional que não teve acesso à sua ficha médica. Após sua morte, a família buscou reparação junto ao Judiciário e não encontrou.

Seu caso foi levado ao Comitê para Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, e se tornou a primeira denúncia sobre mortalidade materna ali acolhida. Este comitê é incumbido de monitorar o cumprimento da Convenção da Organização das Nações Unidas – ONU – relativa aos Direitos das Mulheres. O Brasil foi condenado a adotar diversas medidas, entre elas indenizar a família, o que ocorreu em 2014, com o pagamento de uma indenização R\$ 131.000,00 (cento e trinta e um mil reais).<sup>13</sup> Embora a condenação não tenha se dado sob o amparo de um instrumento específico de combate ao racismo, o caso é emblemático da intersecção entre gênero, raça e classe incidindo no curso de vida de um indivíduo e no caráter operativo do racismo institucional. Consta da decisão do Comitê:

“Em tais circunstâncias, o Comitê conclui que a Sra da Silva Pimentel Teixeira foi vítima de discriminação, não só com base em seu sexo, mas também com base em sua condição de mulher Afrodescendente e seu nível socioeconômico.”<sup>14</sup>

A presença do racismo na sociedade é um fato. A despeito de ser um fato, um dado da realidade, uma grande parte da nossa estratégia de ataque desse mal é dar visibilidade a ele. Nós ainda estamos nesse estágio, e para superá-lo, é crucial perceber que não estamos tratando do racismo como um evento ligado às subjetividades, à biografia do indivíduo, e sim como evento não normatizado, invisível, que reside na gênese de nossa formação social. Aqui tratamos da compreensão do racismo estrutural ou institucional, da necessidade de superação do discurso sobre a discriminação sob o enfoque da intencionalidade.

Quanto a esse último aspecto descreve o professor Adilson Moreira:

“Observamos que esse pressuposto equivocadamente assume que atos discriminatórios seriam exceções a uma ordem social que supostamente trata todas as pessoas igualmente. O requisito da intencionalidade implica então que as relações sociais estão geral-

<sup>13</sup> <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2014-03/governo-brasileiro-indeniza-familia-de-jovem-morta-em-2002>

<sup>14</sup> Decisão do Comitê para Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, reunião de 25 de julho de 2011. Tradução juramentada. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/saude/saude-materna/decisoes/decisao-ce-daw-caso-alyne-teixeira-29jul11-portugues>. Acesso em: 10 de dez. 2017.



mente pautadas em relações de equidade e que atos discriminatórios são motivados por razões arbitrárias que podem ser identificadas e punidas. Essa compreensão da dinâmica social desconsidera um aspecto importante do funcionamento da mente humana: atos discriminatórios podem ocorrer, mesmo quando não correspondem à intenção consciente do sujeito.”<sup>15</sup>

É preciso pontuar que o Judiciário avança nessa percepção, quando o Supremo Tribunal Federal no julgamento que decidiu por unanimidade no sentido da constitucionalidade da lei 12.990/2017, que reserva a pessoas negras vagas em concursos públicos, tem no voto do relator Ministro Luis Roberto Barroso a menção à necessidade de constatação do racismo estrutural como um de seus fundamentos:

“Esse tipo de racismo não decorre necessariamente da existência de ódio racial ou de um preconceito consciente de brancos em relação aos negros. Ele constitui antes um sistema institucionalizado que, apesar de não ser explicitamente desenhado para discriminar, afeta, em múltiplos setores, as condições de vida, as oportunidades, a percepção de mundo e a percepção de si que pessoas, negras e brancas, adquirirão ao longo de suas vidas”. E continua em outro trecho “Apesar de o país ser altamente miscigenado, a convivência entre brancos e negros se dá majoritariamente em relações hierarquizadas, de subordinação e subalternidade”.<sup>16</sup>

As instituições do estado são excludentes e são desenhadas para serem assim. Isso não é uma disfunção, e conforme descreve Silvio de Almeida:

“(…) em face da estrutura política e econômica da sociedade contemporânea, formas de discriminação como o racismo só se estabelecem se houver a participação do Estado, que pode atuar diretamente na classificação de pessoas e nos processos discriminatórios (escravidão, apartheid e nazismo) ou indiretamente, quando há omissão diante da discriminação, permitindo-se que preconceitos historicamente arraigados contra negros, mulheres e gays se transformem em critérios “ocultos” ou regras “não inscritas” que operam no funcionamento das instituições, na distribuição econômica (emprego e renda, por exemplo) e na ocupação de espaços de poder.”<sup>17</sup>

O funcionamento das instituições conforme seu desenho constitutivo se apresenta, também, como uma estratégia de manutenção de uma ordem

<sup>15</sup> MOREIRA, Adilson José. *O que é discriminação?*. Belo Horizonte-MG: Letramento, 2017. p. 131

<sup>16</sup> STF ADC 41. Ministro Luís Roberto Barroso, 17 de ago 2017.

<sup>17</sup> ALMEIDA, Silvio Luiz de Almeida, *Capitalismo e crise: o que racismo tem a ver com isso?* In: OLIVEIRA, Dennis (Org). *A Luta contra o Racismo no Brasil*. São Paulo-SP: Edições Forum, 2017. p.188

desigual. O descortinamento dessa realidade é indispensável para que se possa almejar alterações e evolução em prol de sua conformidade com a moldura constituição que comanda inclusão e tratamento igualitário.

## 2. DOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS

Na Constituição de 1934 há o primeiro registro de vedação formal à discriminação em decorrência da “raça”, contudo esta mesma Carta determinou aos entes da Federação que estimulassem a educação eugênica (artigo 138, b)<sup>18</sup>, assim como autorizava expressamente a seletividade étnica como vetor da política imigrantista (artigo 121, § 6º)<sup>19</sup>. A referência expressa à igualdade em razão de “raça” e sexo é suprimida na Constituição de 1937, que manteve a designação genérica da igualdade de todos perante a lei (artigo 122, n1º). Importante notar que no regime de 1937, a questão imigrantista permanecia constitucionalizada (artigo 151), e neste diapasão foi editado o Decreto 7.967/45, o qual dispunha expressamente que, na admissão dos imigrantes, atender-se-ia à necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência européia, assim como a defesa do trabalhador nacional. O preâmbulo do referido decreto expressava que a política adotada tinha por escopo uma orientação racional da imigração voltada para o progresso nacional.

É portanto, patente, que o Estado brasileiro, adotava, àquela época, uma noção de igualdade mitigada, pois privilegiou claramente a mão-de-obra européia com fins eugênicos. Em 1946, além de prever a igualdade de todos perante a lei, a Constituição expressamente vedava o preconceito de “raça” ou classe, ao estabelecer os limites do direito à manifestação do pensamento. É na vigência desta Constituição que surge a Lei Afonso Arinos, Lei nº 1.390/51, que, embora fixando o preconceito de “raça” ou cor apenas como contravenção penal, foi um marco legislativo na matéria.

O artigo 150, §1º da Constituição de 1967, mantido pela Emenda Constitucional de 1969, fixou expressamente a punição do preconceito de “raça” por lei e igualdade de todos sem distinção racial.

A Constituição Federal de 1988 incorporou o conceito de “raça” como um dado social que não pode ser ignorado, especialmente ao estabelecer como um dos objetivos da República o combate ao preconceito racial e fixar o racismo

---

<sup>18</sup> Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: (...)b) estimular a educação eugênica;

<sup>19</sup> Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País (...)§ 6º - A entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinqüenta anos.

como crime imprescritível<sup>20</sup>. De destacar que o texto constitucional menciona, também, o conceito de etnia. Hedio Silva Jr. ao tempo em que pontua o marco que a atual Constituição representa no tratamento político-jurídico da questão racial, aponta as imprecisões semânticas que imperam no trato da matéria, na medida em que o constituinte mesclou no texto constitucional os termos discriminação, preconceito, “raça”, etnia, sem aparente rigor técnico.

No entanto, para o ponto de interesse, central é registrar que a Constituição Federal de 1988, repita-se, incorporou o conceito de “raça”, reconhecendo a existência de desigualdades que têm lastro neste específico vetor. Neste sentido, o artigo 3º, IV estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, “raça”, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; estabelece comando específico quanto ao tema no âmbito das relações internacionais no artigo 4º, VIII; fixa comando ao legislador ordinário determinado à lei a punição de toda forma de discriminação atentatória aos direitos e garantias fundamentais, por meio do artigo 5º, XLI e estabelece norma material e específica quanto ao racismo criminalizando sua prática no inciso XLII do mesmo artigo; o artigo 7º, XXX veda, entre outras discriminações de acesso ao trabalho, aquela baseada na cor<sup>21</sup>; determina, no âmbito da educação, que o ensino da História do Brasil considere as diferentes etnias que confluíram para a formação do povo brasileiro (artigo 242) e ao dispor sobre a garantia do pleno exercício dos direitos culturais reconhece a existência de diferentes segmentos étnicos (artigo 215).

Neste sentido a apropriação do conceito de “raça” pela vigente Constituição se deu em um contexto de refugio à discriminação, com o reconhecimento do conceito como construção social para combate de seus efeitos. Como já explicitado, é uma vertente totalmente diversa daquela em que o conceito é aplicado para manutenção de privilégios e desigualdades. Em consequência, a legislação infraconstitucional antirracismo houve e há de ser construída e aplicada nesta perspectiva.

A crítica posta de que a inserção do conceito de “raça” na legislação conduziria ou conduzirá a uma sociedade racializada perde sentido por duas razões. Primeiro porque a crítica assume a racialização em seu sentido estrito associando-a, necessariamente, a uma ideologia racista de desigualdades e manutenção de privilégios, em total desacordo com o substrato fático que

---

<sup>20</sup> “O racismo, por sua vez, diferentemente do preconceito, é muito mais do que uma atitude. O racismo constitui-se num processo de hierarquização, exclusão e discriminação contra um indivíduo ou toda uma categoria social que é definida como diferente com base em alguma marca física externa (real ou imaginada).” LIMA, M. E. O.; VALA, J. As novas formas de expressão do preconceito e do racismo. **Estudos de Psicologia**, v. 9, n. 3, p. 401-411, 2004.

<sup>21</sup> Importa acentuar aqui que o constituinte utilizou no tópico atinente ao trabalho o termo cor ao invés de “raça”, sendo certo, contudo, que a diferenciação semântica não altera o significado embutido na Constituição. Como pontuado por Antonio Sergio Alfredo Guimarães, a cor apenas tem significado em um sistema específico. Para o autor, as pessoas só têm cor no âmbito de uma ideologia racista.

originou o comando normativo contido na Constituição Federal.<sup>22</sup> Segundo porque uma legislação cega à questão racial, pretensamente universalizante, não será hábil a dar conta de desigualdades e discriminações lastreadas no fator “raça”<sup>23</sup>, redundando na cristalização do *status* posto.

Uma questão sempre posta contra a utilização do fator racial na legislação seria a idéia de que se estaria fomentando uma noção racializada da sociedade, sob uma perspectiva negativa. Ou seja, reforçando as diferenças que conduzem à discriminação e preconceito.

O ponto nodal é que não se pode tomar as acepções de “raça” desconectadas do contexto em que estão inseridas. Independentemente das especificidades do debate sociológico acerca da possibilidade de uma compreensão do racismo que efetivamente transcenda a superada existência de “raças” humanas, o reconhecimento da existência de “raças” como construto social e a afirmação de uma identidade racial pelos grupos subordinados tem um vetor completamente distinto daquele em que o conceito de “raça” é tomado como instrumento de manutenção de privilégios e desigualdades. Portanto, a incorporação do conceito de “raça” pela legislação com o objetivo de combater a discriminação também merece uma análise que considere esta especificidade e não adote uma visão generalizante.

A corrente que propugna por uma legislação não sensível ao elemento racial com a conseqüente adoção de políticas universais<sup>24</sup> sob, entre outros argumentos, que a incorporação de tal vetor determinará a racialização das relações sociais, não considera que esta, a racialização, assume significado específico quando inserida no contexto do combate à discriminação. O rechaço da adoção do conceito “raça” pela lei para o combate à discriminação parece partir do equivocado pressuposto de que uma legislação cega ao fator racial equivaleria a um ponto zero, quando a existência de dados que apontam para uma realidade de desigualdades calcadas no fator racial aponta para o sentido oposto, qual seja, para a manutenção do *status quo*.

---

<sup>22</sup> O movimento negro, entendido este como o conjunto de entidades que, a despeito de diferentes orientações políticas, apresentam a pauta comum de combate à discriminação racial, mobilizou-se em torno da participação do negro no âmbito da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988, tendo atuado perante a Subcomissão de negros, populações indígenas, pessoas deficientes e minorias. Para esse fim, foram organizados encontros municipais e estaduais a partir de 1985, com o intuito de refletir acerca dessa futura participação. Ainda que tecendo críticas à forma como a questão foi encampada pelo Constituinte, Katia Elenise Oliveira da Silva também anota a pressão de parcela da população acerca da constitucionalização das questões afetas à discriminação racial. SILVA, K. E. **O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. Acerca da participação do movimento negro no processo constituinte, confira-se em RODRIGUES, T. C. **Movimento negro, raça e política educacional**. Disponível em: <[www.anped.org.br/reunioes/28/textos/gt21/gt211249int.rtf](http://www.anped.org.br/reunioes/28/textos/gt21/gt211249int.rtf)>. Acesso em: 9 jan. 2010.

<sup>23</sup> Conforme será explicitado nos tópicos seguintes, este estudo considera que existem desigualdades lastreadas pelo fator cor que se manifesta como tropo de raça no Brasil.

<sup>24</sup> Neste sentido FRY, P. et al. (Org.). **Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 17-22 (Preâmbulo).

Equivale dizer, ignorar a existência de desigualdades e discriminações em razão do fator racial implica em uma forma também racializada de relacionamento social, porém tomada a racialização em seu sentido estrito, vinculado a uma ideologia racista, pois assegura a manutenção de uma estrutura em desequilíbrio. Acresce, ainda, que o enfrentamento da realidade da discriminação é impossível sem que a legislação incorpore o conceito, seja para recriminar condutas, seja para reconhecer que há desigualdades pautadas por este fator e com base nesta constatação laborar a aplicação do princípio da igualdade.

A Constituição Federal de 1988 incorporou o conceito “raça” como uma construção social, fonte de desigualdades e o fez em um contexto de refugo à discriminação, ou seja, no reconhecimento da realidade para o combate de seus efeitos, o que se extrai não só da análise do texto constitucional, mas como do substrato fático que o originou.

Nesse sentido, é relevante que se mencione alguns instrumentos hoje vigentes em diferentes campos do direito e da administração pública para enfrentamento do racismo, a lei 7.716/1989 que prevê o crime de racismo, o art. 140 §3º do Código Penal que traz o tipo penal identificado como injúria racial, a lei 10.639/2003 que alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação e inseriu obrigatoriedade do ensino sobre história e Cultura Afrobrasileira, a Lei 12.288/2010 que dispõe sobre o Estatuto de Igualdade Racial, na esfera do Poder Judiciário a Ação de descumprimento de preceito fundamental- ADPF 186 que de forma emblemática foi julgada improcedente, e reconheceu a constitucionalidade do sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial para ingresso em instituição pública de ensino superior e recentemente a decisão na Ação Declaratória de Constitucionalidade –ADC 41 referente a cotas raciais para processo seletivo de ingresso no serviço público, no âmbito administrativo Resolução 203 do Conselho Nacional de Justiça, de 23 de junho de 2015, que dispõe sobre a reserva aos negros a reserva de vagas nos concursos públicos para o provimento de cargos na magistratura e a Resolução nº 170 do Conselho Nacional do Ministério Público de 13/06/2017 que nos mesmo sentido que dispõe sobre a reserva aos negros a reserva de vagas nos concursos públicos para o provimento de cargos no Ministério Público Brasileiro.

No plano internacional, o Brasil é parte da Convenção sobre Eliminação de todas as formas de discriminação racial (Decreto 65.810/69)

Tais atos devem ser citados para reafirmar sua historicidade, reafirmar que sua existência possui raízes profundas, que as medidas atualmente vigentes são conquistas, mas principalmente, para ressaltar que aos agentes estatais, membros de poder, compete à ampliação da reflexão, a abertura para o diálogo com a sociedade, a ação consciente para efetivação dos instrumentos normativos, e a constante busca de seu aprimoramento.

Independentemente de nossas pré-compreensões sobre o tema, não cabe à magistratura, ou a qualquer outro agente político ou público, ignorar que o Supremo Tribunal Federal já afirmou que a legislação antirracista e promotora de igualdade está acorde com a Constituição Federal e promove sua efetivi-

dade. Esta noção já havia se firmado por ocasião do julgamento da ADPF 186 e RE 597.285 relativa às cotas no ensino superior e agora foi reafirmada no julgamento da ADC-41.

### 3. DO QUADRO SOCIAL E INSTITUCIONAL

No Brasil é possível identificar níveis diferenciados de cidadania, em decorrência da oposição entre o real e o normativo. Se, por um lado, a Constituição fixa um rol de liberdades e garantias que conferem cidadania plena aos sujeitos portadores de direitos no âmbito do território nacional, por outro os padrões de desigualdades socioeconômicas estabelecem uma cidadania, de fato, mitigada para parcela significativa da população. Como acentua Amartya Sen, a efetiva atuação do indivíduo é condicionada pelo conjunto de capacidades reais de que é dotado por uma gama ampla de fatores sociais<sup>25</sup>.

Ao analisar os dados considerando o indicador raça, na composição da população brasileira, na distribuição de renda, no acesso à saúde, à educação, na composição dos poderes estatais, a constatação da existência da fragmentação social, é inarredável. Tal percepção, por óbvio, mas cujo registro deve ser feito, não se fundamenta em elaboração retórica, a análise dos levantamentos estatísticos, feitos por órgãos governamentais como o IPEA e internacionais com a ONU, expõe objetivamente nosso divórcio social.

Daí tem-se que a fala das pessoas negras sobre racismo e discriminação é de fato uma fala de vítimas, isso porque a um grupo social submetido a uma diáspora violenta, historicamente subjugado, não se deve negar essa condição, sob pena de desumanizá-lo, retirando seu direito a dor, ao lamento, mas é, sobretudo, um discurso de profunda coragem, de elaboração racional qualificada, que tem encontrado na atualidade novos canais de exposição e visibilidade. Discorrer sobre essas dores, diante de um grande esforço social de negação é um desafio constante, que demanda grande energia e capacidade de elaboração. Daí a expressão resistência é a que, verdadeiramente, se aproxima da complexidade do problema, ao contrário da idéia pejorativa, comumente, veiculada pela expressão “vitimismo”.

O Atlas da Violência 2016 informa que o Brasil é responsável por mais de 10% dos homicídios do mundo. O percentual de homicídios de não negros caiu 14,6% entre 2004 e 2014. Nesse mesmo período, o homicídio de negros e pardos aumentou 18,2%. A chance de uma pessoa que tem até 7 (sete) anos de estudo ser morta é 15,9 vezes maior do que a de outra que tenha nível superior. Nesse sentido, o acesso à educação superior é, para a população preta e parda, mais do que apenas ascensão social, uma questão de vida ou morte<sup>26</sup>. Segundo o mapa da violência 2015, elaborado pela Faculdade Latino-Americana de

<sup>25</sup> SEN, A., *apud*, O'DONNELL, G., *Poliarquias e a (In)efetividade da lei na América Latina*, In: **Novos Estudos CEBRAP**, nº 51, julho 1998, p. 40.

<sup>26</sup> Disponível <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/160322\\_nt\\_17\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2016\\_finalizado.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160322_nt_17_atlas_da_violencia_2016_finalizado.pdf)> Acesso em: 20 de mai. 2017

Ciências Sociais (Flacso), houve aumento de 54% no número de homicídios de mulheres negras entre 2003 e 2013. No mesmo período, a quantidade anual de mulheres brancas assassinadas caiu 9,8%<sup>27</sup>.

O índice de vulnerabilidade juvenil 2017<sup>28</sup> revela que jovens negras têm 2,19 mais chances de morrer assassinadas do que jovens brancas. O Secretário Nacional de Juventude, vinculado à Presidência da República, declarou que “a violência no Brasil tem cor, raça geografia e faixa etária”.<sup>29</sup> O Segundo pesquisa da FIOCRUZ relacionada a consultas pré-natal, mulheres brancas tiveram seis ou mais consultas, 10% a mais do que mulheres negras. Dados de 2014 indicam que 60% das mortes durante o parto no SUS foi de mulheres negras. A orientação sobre amamentação chegou para 62% das mulheres negras e 78% das brancas.<sup>30</sup>

Em acréscimo vale também mencionar o relatório publicado pela ONU, no corrente ano, sobre a violência, a criminalização e a pobreza no corrente ano, no qual se registra que os negros respondem por 75% da população carcerária e por 70,8% dos 16,2 milhões de brasileiros vivendo na extrema pobreza<sup>31</sup>. Recentemente houve divulgação de pesquisa realizada pela Rede Nossa São Paulo que aponta que as mulheres negras ocupam a primeira posição na avaliação de situações de vulnerabilidade, com destaque para saúde, aqui incluindo gravidez na adolescência e educação<sup>32</sup>.

O Poder Judiciário brasileiro, que não discrepa nesse ponto da realidade da maioria dos países ocidentais, ele é majoritariamente masculino e branco. Dos dados do Censo do Judiciário de 2014 destacam-se as seguintes informações: magistratura 64,1% de homens / 35,9% de mulheres, na Justiça Federal 73,8% homens/26,2% de mulheres. Em torno de 13% da magistratura nacional é preta ou parda, em uma população em que mais de 50% da população é preta ou parda. Menos de 1% da magistratura nacional (0,99% dado exato) é portadora de deficiência.

A desproporção entre homens e mulheres é maior na magistratura federal, 73,8% da magistratura federal é composta por homens. Nos Tribunais

---

<sup>27</sup> Disponível: [http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf). Acesso em; 20 de mai 2017.

<sup>28</sup> Disponível em: <http://bibjuventude.ibict.br/jspui/handle/192/215>. Aceso em: 11 de dez.2017.

<sup>29</sup> Sobre as declarações do Secretário Nacional de Juventude, cf. <http://juventude.gov.br/juventude/noticias/ivj-2017-revela-que-jovens-negras-tem-219-vezes-mais-chances-de-serem-assassinadas-que-jovens-brancas#.W18iHyP0rY0>. Acesso em: 11 de dez 2017.

<sup>30</sup> Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pt-br/content/fiocruz-e-organizacoes-sociais-discutem-saude-genero-e-racismo>. Acesso em: 10 de dezembro de 2017.

<sup>31</sup> Disponível <https://nacoesunidas.org/brasil-violencia-pobreza-e-criminalizacao-ainda-tem-cor-diz-relatora-da-onu-sobre-minorias/> Acesso em: 11 de dez 2017.

<sup>32</sup> Disponível [https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/mulheres-negras-sao-as-que-mais-sofrem-com-desigualdade-em-sp-aponta-pesquisa.ghtml?utm\\_source=facebook&utm\\_medium=share-bar\\_desktop&utm\\_campaign=share-barcos](https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/mulheres-negras-sao-as-que-mais-sofrem-com-desigualdade-em-sp-aponta-pesquisa.ghtml?utm_source=facebook&utm_medium=share-bar_desktop&utm_campaign=share-barcos) ocorrerá som ente em 2089 – Acesso em: 25 de out 2017.



Regionais Federais a presença feminina também é baixa: 81% de homens no cargo de Desembargador no TRF1, 74% no TRF 2, 72% no TRF 3, 76% no TRF 4 e 100% no TRF 5. Entre os servidores e servidoras a composição é mais equânime, mas não há levantamentos quanto às funções mais altas na carreira, sem mencionar as dificuldades das servidoras gestantes no exercício do cargo<sup>33</sup>.

Não há dados sobre o número de mulheres negras no Poder Judiciário. Um silêncio eloqüente. Desse quadro tem-se que a desigualdade também se manifesta nas relações internas das instituições: impacto desproporcional sobre homens e mulheres pela ausência de determinadas políticas; ambiente hostil; busca pela homogeneidade em que as mulheres negras podem perder sua voz na busca para se fazerem respeitar.<sup>34</sup>

O caldo patriarcal se manifesta ainda nas decisões produzidas por essas mesmas instituições. Há aquelas evidentemente absurdas e que paradoxalmente talvez sejam menos danosas. Causam grande reação e resposta correspondente. As mais insidiosas, no entanto, são aquelas que permeiam o dia-a-dia silencioso. Um Judiciário mais diverso é necessário: o processo decisório não é necessariamente diferente, mas diferentes perspectivas tornam o Judiciário mais legítimo, democrático e potencializam a justiça da decisão.

E em acréscimo, a análise e debate quanto à situação das minorias, quanto à população negra, sua sub-representatividade nas esferas de poder dentro do Poder Judiciário, interessa a toda a sociedade, cada vez mais complexa em suas múltiplas demandas e suas múltiplas relações. Do magistrado é exigida uma compreensão que transborda a codificação. Tal assertiva encontra escopo na própria orientação administrativa do poder judiciário, que contempla em seus normativos, relativos ao ingresso e formação, conteúdos que denotam o perfil reflexivo que se pretendem para os magistrados, exigindo a análise e o estudo de conteúdos de formação humanística.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Os números relativos à composição nacional da magistratura foram extraídos do censo do Judiciário realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2013. Os dados dos Tribunais Regionais Federais foram contabilizados a partir das informações disponibilizadas pelos Tribunais em suas páginas oficiais. Censo do Poder Judiciário disponível em <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/censo-do-poder-judiciario/documentos-relatorios>. Acesso em: 2 de mar.2016

<sup>34</sup> A esse propósito, Rosemary Hunter discorre sobre os desafios para a diversidade formal na composição do Judiciário se traduza em diversidade substantiva. Cf em HUNTER, Rosemary. More than just a different face? Judicial diversity and decision-making. *Current Legal Problems*, Volume 68, Issue 1, 1 January 2015, p. 119–141

<sup>35</sup> Resolução n° 75 do Conselho Nacional de Justiça, de 12/05/2009, que dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário Nacional (alterações promovidas pela Emenda 1/2009, pela Resolução n° 118/2010 e pela Resolução n° 208/2015) e Resolução Enfam n°2 de 14 de março de 2017– Altera a Resolução ENFAM n. 2 de 8 de junho de 2016, que dispõe sobre os programas para a formação e o aperfeiçoamento de magistrados e regulamenta os cursos oficiais para o ingresso, a formação inicial e o aperfeiçoamento de magistrados e de formador–Anexo I – Conteúdo Programático mínimo do curso oficial de formação inicial.



Apontar as situações de desigualdade, de ocupação díspar de espaços públicos e privados, é um caminho que deve ser percorrido para superação de “verdades aceitas” e desnudar perspectivas, que sob o signo de um discurso que se intitula universal<sup>36</sup>, como o de que “somos todos humanos, de que não existe consciência negra ou consciência branca”, turva a percepção das profundas desigualdades de nossa sociedade, e mais do que isso contribui para que essas desigualdades se perpetuem, e impeçam uma nova forma de diálogo, com parâmetros diversos de discussão, que contemplem os aspectos negados da realidade brasileira. O combate a universalização redutora do discurso das pessoas negras também é uma frente de reflexão, pois a diversidade as habita, como nos demais .

Revelar esse quadro não inaugura uma fissura social, o que se faz é colocar luzes sobre essa patologia. A superação de um problema pressupõe o conhecimento, e principalmente o reconhecimento de sua existência, sua aceitação é elemento necessário para discussão das ações estatais, cujo escopo deve ser atender efetivamente os objetivos fundamentais da República Brasileira.<sup>37</sup>

É possível legislar sobre as ações estatais sem a consideração da categoria raça? Prestar a jurisdição sem a compreensão desse quadro histórico, econômico? Pautar condutas administrativas sem a compreensão da hierarquização racial da sociedade? São questões que precisam ser enfrentadas pelas instituições.

Na lição de Antonio Sergio Alfredo Guimarães<sup>38</sup>, os estudos sobre desigualdades raciais indicam (i) diferenças entre os grupos classificados como brancos e não-brancos; (ii) que entre pardos e negros as diferenças importantes se configuram entre o conjunto desses grupos e o grupo de brancos e; (iii) mesmo quando esgotadas as variáveis classe e *status* persiste um resíduo substantivo diferencial entre os grupos, que só poderia ser tributado à variável raça.

Neste contexto, os indicadores socioeconômicos seriam aptos a informar que o fator raça constitui um elemento específico e determinante de dominação. Sem ignorar os avanços das últimas décadas no acesso ao ensino público, especialmente após a implementação de ações afirmativas nas universidades

---

<sup>36</sup> Essa insistência em não perceberem como marcados, em discutir como as identidades foram forjadas no seio da sociedades coloniais, faz com que pessoas brancas, por exemplo, ainda insistam no argumento de que somente elas pensam na coletividade; que pessoas negras, ao reivindicarem suas existências e modos de fazer políticos e intelectuais, sejam vistas como separatistas ou pensando somente nelas mesmas. Ao persistirem na idéia de são universais e falam por todos, insistem em falarem pelos outros, quando, na verdade, estão falando de si aos se julgarem universais. (RIBEIRO, Djamila. O que é lugar de fala? - Coleção Feminismos Plurais. Belo Horizonte MG: Letramento, 2017. p. 31)

<sup>37</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;  
II - garantir o desenvolvimento nacional;  
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;  
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>38</sup> GUIMARÃES, A. S. A. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora 3, 2005.

públicas brasileiras, os dados sobre violência e tributação, exemplificativamente, demonstram como a adoção de políticas públicas cegas à essa realidade impõe impacto desproporcional sobre a população de negros/pardos.<sup>39</sup>

A regressividade da carga tributária também tem gerado maior impacto sobre um determinado grupo da sociedade: as mulheres negras. Este é um dos achados de estudo realizado sobre as implicações do sistema tributário nacional nas desigualdades de renda, apoiado em dados agrupados por decis e extraídos a partir de microdados do PNAD/2011. À medida que a renda aumenta diminui a proporção da população negra, em especial das mulheres, e aumenta a população branca. A elevada carga tributária sobre bens e serviços oneraria mais, proporcionalmente, mulheres negras.<sup>40</sup>

Esses indicadores não são aleatórios. Os dados sobre violência se relacionam ao modo e ao próprio direito de viver e estar no mundo. Os dados sobre encargos tributários informam a contribuição para o esforço coletivo e tem reflexo direto sobre os recursos disponíveis e excedentes para o sustento das pessoas.

Nas palavras de Beatriz Nascimento “a questão econômica não é o grande drama, apesar de ser um grande drama, a questão é o reconhecimento da pessoa do homem negro que nunca foi reconhecido no Brasil”<sup>41</sup>. Acrescenta-se: do reconhecimento da pessoa do homem e da mulher negra.

E aqui, há que ser também desmitificada e enfrentada a idéia de que as ações de promoção social para a população negra, especificamente as ações afirmativas voltadas para ingresso em universidades e cargos públicos que consideram o recorte de raça ou gênero provocam a subjugação indevida do mérito. Quanto a esse aspecto, em uma sociedade ontologicamente desigual, o discurso do mérito como critério absoluto de ascensão social é, em verdade, instrumento de perpetuação dessa desigualdade.

Cabe, uma vez mais, pontuar que a análise posta supera as subjetividades. Dessa forma, não se diminui o valor das histórias pessoais de sucesso e superação, que sob a ótica da individualidade apresentam-se como estímulo e motivação. Mas há que se estar atento para a parcialidade de sua mensagem, a uma porque diante da manutenção do quadro de profunda desigualdade

---

<sup>39</sup> O princípio da igualdade em seu sentido mais profundo contempla não apenas a vedação à discriminação direta, mas também a adoção de normas aparentemente neutras que indiretamente redundem em discriminação. A discriminação indireta pode se materializar em impacto desproporcional sobre determinados grupos (*disparate impact doctrine*) ou efeitos adversos (*adverse effects*). Sobre as diversas abordagens do tema no Direito Comparado, confira-se CORBO, Wallace de Almeida. Por que não uma igualdade “para valer”? Reconhecimento, minorias e a vedação à discriminação indireta no Brasil. 2015. 264 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro

<sup>40</sup> SALVADOR, Evilásio; As implicações do sistema tributário brasileiro nas desigualdades de renda. INESC: Brasília, 2014, p.24. Disponível em: <http://www.inesc.org.br/biblioteca/textos/as-implicacoes-do-sistema-tributario-nas-desigualdades-de-renda/publicacao/>

<sup>41</sup> Documetário Ori. Beatriz Nascimento; Raquel Gerber Disponível <https://www.youtube.com/watch?v=FtMwKRF6a0c>. Acesso em: 02 de nov 2017.

econômica no país se apresentam como exceções, a duas, porque é necessário compreender que estas, são também instrumentos de justificação e manutenção do *status quo*, posto que, sob sua propaganda atribuí-se exclusivamente ao indivíduo a responsabilidade por sua “vitória e ascensão social”, sem enfrentar o fato de que em um ambiente desigual há uma gama de cidadãos cujo esforço pessoal, por mais lúdimo que seja, será cerceado pelas barreiras estruturais que os acompanham desde o nascimento.

Dessa forma, ultrapassado o limite desse discurso, cumpre apontar aspecto importante, e pouco noticiado nas políticas de inclusão que envolvam seleção de pessoal, e seleção acadêmica, é o fato de que estas ao fazê-lo não eximem o candidato que dela se beneficia de uma análise de capacidade/mérito, elas em acréscimo a esse critério, consideram as condições histórico-sociais, nas quais se insere a população negra brasileira.

Nesse sentido destaca-se a consideração feita pelo Ministro Luís Roberto Barroso no voto da ADC 41:

“A reserva de vagas para negros não constitui uma modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se em cargo ou emprego na administração pública federal sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento. Ao contrário, como qualquer outro candidato, o beneficiário das cotas deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, permite sua realização em maior extensão, na medida em que pode contribuir para que todos os pontos de vista e interesses da comunidade e de seus membros sejam considerados na tomada de decisões estatais.”

Ainda, sobre ações afirmativas com critério racial, cuja discussão perpassa a ponderação tanto da noção de igualdade, quanto de mérito, o professor Ronald Dworkin<sup>42</sup>, ao discorrer sobre o tema e analisar o denominado estudo River, que trouxe exame abrangente e estatístico das consequências sociais dos 30 anos de ação afirmativa nas Universidades dos Estados Unidos, declara que:

“A discriminação racial sistemática do passado gerou uma nação na qual os cargos de poder e prestígio sempre ficaram reservados para uma só raça. (...). A não ser que, e até que, o estudo River seja refutado por um estudo maior e mais pormenorizado, não temos motivo para proibir a ação afirmativa universitária, como arma contra nossa deplorável estratificação racial, exceto nossa indiferença ao problema, ou nossa ira petulante por ela não ter desaparecido sozinha”.

Essa análise reforça a necessidade de superação dos raciocínios lineares sobre a desigualdade. Discutir ações de inclusão não significa a diminuição do

---

<sup>42</sup> DWORKIN, Ronald. A virtude Soberana. São Paulo: Martins Fontes-2016, p.579

indivíduo, mas a promoção de grande parte da coletividade, posta a margem das possibilidades de acesso às condições reais de exercício da cidadania, de tal maneira, que se atue para a promoção de um quadro social diverso, com paridade de condições.

Diante dos desafios postos, das muitas frentes de reflexão, ação e enfrentamentos necessários, um caminho não é permitido, o da negação desse quadro de desigualdades, o da indiferença ao estado de coisas em que estamos inseridos. E desse abismo social, Maria Carolina de Jesus, mulher, negra, mãe, escritora já descrevia:

“Fitei a nova companheira de infortúnio. Ela olhava a favela, suas lamas e suas crianças paupérrimas. Foi o olhar mais triste que eu já presenciei. Talvez ela não mais tem ilusão. Entregou sua vida aos cuidados da vida....Há de existir alguém que lendo o que eu escrevo dirá...isto é mentira! Mas, as misérias são reais.”<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> JESUS, Carolina Maria de. Quarto de Despejo –Diário de uma Favela. 10. ed 4 impressão. São Paulo:Ática-2016, p.46. (Nota dos editores: Esta edição respeita fielmente a linguagem da autora, que muitas vezes contraria a gramática, incluído a grafia e a acentuação das palavras, mas que por isso mesmo traduz com realismo a forma de o povo enxergar e expressar seu mundo.)

# PRISÃO DOMICILIAR E OS ESPAÇOS DESTINADOS À MULHER - UMA REFLEXÃO A PARTIR DAS TEORIAS DE NANCY FRASER E CAROLE PATEMAN

3

*Carolina Soares Castelliano Lucena de Castro  
Gisela Baer de Albuquerque*

## INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.257/2016 (Estatuto da Primeira Infância), a partir da introdução de três novos incisos ao artigo 318 do Código de Processo Penal<sup>1</sup>, trouxe uma alternativa às decretações e ou manutenções de prisões preventivas no âmbito do processo penal. Com a nova previsão legal, abriu-se a faculdade ao juiz do processo, numa análise conjunta com os demais requisitos previstos em lei, de substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar quando tratar-se de mulher gestante ou com filho de até 12 (doze) anos incompletos, bem como em caso de homem, desde que único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos incompletos.

A novidade trazida pela lei tem importância significativa, pois a prisão domiciliar é uma medida que contribui não só para preservação das relações familiares mais próximas, mas também para o desencarceramento das abarrotadas prisões. Chama atenção o crescimento exponencial de pessoas privadas de liberdade em nosso país, 161% nos últimos dez anos, de acordo com dados do Infopen<sup>2</sup> (levantamento nacional de informações penitenciárias produzido Ministério da Justiça) de junho de 2014.

<sup>1</sup> Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

1 - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

2 - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

3 - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto- lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 11.08.16.

<sup>2</sup> O Brasil possui em números absolutos a quarta maior população carcerária do mundo, com cerca de 607.000 pessoas custodiadas atualmente, sendo que desse total aproximadamente

Ainda não há um estudo desenvolvido em âmbito nacional que aponte com precisão o percentual de pessoas encarceradas que possuem filhos menores de idade e a quantidade de filhos por preso (a). Apesar de o referido relatório Infopen ter apontado a importância do levantamento desse tipo de dado, não foi possível a obtenção de informações satisfatórias sobre essa questão, já que cerca de 88% dos estabelecimentos prisionais não as detinham. Mas, da pouca amostra coletada, foi possível verificar que, aproximadamente, seis em cada dez pessoas privadas de liberdade têm filhos. E cerca de 20% dessas pessoas que possuem filhos têm três ou mais, não tendo sido estabelecido um recorte de gênero na pesquisa.

Partindo-se do pressuposto de que o encarceramento traz consequências não só à pessoa privada de liberdade, mas também a seus familiares e, sobretudo, à prole<sup>3</sup>, o presente artigo visa promover uma análise da alteração promovida pela Lei nº 13.257/2016 no artigo 318 Código de Processo Penal, a partir de uma reflexão acerca da atribuição de espaços e desempenho de papéis sociais. Isso porque, com a leitura dos incisos V e VI do artigo 318 do Código de Processo Penal, é possível notar que foi estabelecida uma significativa diferença entre os requisitos que a mãe deve preencher para a obtenção da prisão domiciliar em relação àqueles requisitos a serem preenchidos pela figura paterna.

Assim, no que concerne à mulher, a lei abre a possibilidade de ser concedida a prisão domiciliar à mãe de filho de até 12 anos de idade incompletos, sem que haja necessidade da comprovação de relação de dependência ou de residirem na mesma casa. Por outro lado, no que se refere ao homem, a lei é expressa em estabelecer a possibilidade da concessão da prisão domiciliar desde que, em conjunto com os demais requisitos legais, o pai seja o único responsável pelos cuidados do menor com 12 anos incompletos.

Portanto, a diferença de tratamento é significativa, já que a possibilidade de concessão de prisão domiciliar ao homem, com fundamento nesse dispositivo legal, é bem diminuta, considerando que para isso não deverá haver mais nenhum familiar responsável pelos cuidados da criança. Hipótese essa difícil de se imaginar, haja vista a presença maciça de avós e avôs na criação dos netos nos lares brasileiros da atualidade, e é claro, a presença da mãe.

Assim, esse trabalho procura abordar criticamente essa diferenciação/divisão legal a partir de ideias construídas pelas teóricas feministas Carole

---

37.380 são mulheres.

Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf)>. Acesso em: 12.08.16

<sup>3</sup> A extensão das consequências trazidas pelo encarceramento viola certamente a vedação à transcendência da pena prevista na Constituição da República de 1988, artigo 5º, XLV. De modo que, distância as relações afetivas, sejam maternas, paternas, fraternas ... retirando pessoas do convívio familiar e das relações sociais que as humanizam, potencializando a desestruturação familiar e a sua reprodução. Olhar criticamente a vedação à transcendência da pena exige reconhecer as consequências da pena, bem como, a posição diametralmente oposta que tal princípio ocupa em relação ao atual modelo de sistema criminal, a despeito da suposta coexistência.

Pateman e Nancy Fraser, que trabalham a noção de espaço público e privado sob a ótica de uma sociedade patriarcal. Enquanto Pateman toma como ponto de partida a ideia de contrato social – ficção jurídica constituidora do nosso Estado e da organização social prevalecte –, Fraser faz uma abordagem do público a partir da discursividade deste espaço e os processos de exclusão que impedem o acesso dele por todos os membros da sociedade.

A ocupação de tais “espaços”, e a possibilidade de transição de um para outro, é uma forma de se pensar também o papel desempenhado, ou atribuído, à mulher em nossa sociedade, e todas as amarras que a impossibilitam de trilhar um caminho emancipatório de autonomia e autodeterminação da própria vida.

A partir de tais referenciais, o presente artigo visa, portanto, tratar da apontada alteração legislativa, sem ignorar os benefícios que podem ser trazidos com ela, haja vista a necessidade de manutenção da convivência familiar e o atual estado de calamidade que nosso sistema penitenciário se encontra<sup>4</sup>. Mas, ao mesmo tempo, propõe uma abordagem reflexiva, já que podemos estar diante da reprodução de estereótipos nocivos às conquistas femininas.

## 1. FORMAÇÃO DE ESPAÇOS PÚBLICOS E PRIVADO E O LUGAR DA MULHER

Na teoria do contrato social nos moldes tradicionais, utilizada por teóricos do Direito para pensar a formação do Estado e ordenação da sociedade, “a ideia de vantagem mútua é central: as partes saem do estado de natureza a fim de obter uma vantagem mútua.”<sup>5</sup>. Portanto, é uma ficção política calcada na ideia de que os homens trocaram as inseguranças da liberdade absoluta desfrutada no estado de natureza pela liberdade civil e equitativa, salvaguardada pelo Estado. E a sua singularidade é o fato de parecer universal e abranger a todos, incorporando-os na sociedade civil.

A autora Carole Pateman partindo dessa “mais famosa e influente história política dos tempos modernos”<sup>6</sup>, constrói sua ideia ressaltando que se por um lado “a teoria do contrato social convencionalmente é apresentada como uma história sobre a liberdade”, por outro lado as

leituras das histórias familiares clássicas não menciona, que há coisas em jogo além da liberdade. A dominação dos homens sobre as mulheres e o direito masculino de acesso sexual regular a elas estão em questão na formulação do pacto original.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal (ADPF 347) reconheceu em 2015 o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), isto é, violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais em razão da situação atual do sistema carcerário brasileiro.

<sup>5</sup> NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da Justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 192-193.

<sup>6</sup> PATEMAN, . *O Contrato Sexual*. Editora Paz e Terra, 1993. p. 15.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 16.

Assim, o fato de a mulher não ter participado da elaboração do contrato original não significa que ela tenha sido esquecida, uma vez “as mulheres são objeto do contrato.” Portanto, enquanto o contrato social seria uma história de liberdade, o contrato sexual, por sua vez, seria uma história de sujeição. Na visão de Pateman,

o pacto original é tanto um contrato sexual quanto social: é sexual no sentido de patriarcal – isto é, contrato que cria o direito político dos homens sobre as mulheres –, e também sexual no sentido do estabelecimento de um acesso sistemático dos homens aos corpos das mulheres.

Com base nesse marco teórico, a sociedade civil estaria dividida em duas esferas, a pública e a privada, no entanto, só se prestaria atenção a uma delas. Isso porque, “a história do contrato social é tratada como um relato da constituição da esfera pública da liberdade civil. E, a outra esfera, a privada, não é encarada como sendo politicamente relevante.”<sup>8</sup>

Segundo Carole Pateman, a dicotomia esfera pública e esfera privada reflete a divisão sexual na condição natural, sendo que as mulheres teriam sido, portanto, “incorporadas a uma esfera que ao mesmo tempo faz e não faz parte da sociedade civil, mas que está separada da esfera ‘civil’”.<sup>9</sup> Enquanto homens transitariam livremente de um espaço para outro, usufruindo do melhor que cada um deles pode oferecer, as mulheres enfrentariam dificuldades em romper com os domínios do espaço privado para se lançar no espaço público.

Nancy Fraser também aborda a noção de espaço público, pensando a participação da mulher nesse espaço de discursividade. Ao tratar do conceito de esfera pública construído por Habermas em sua obra “Teoria do Agir Comunicativo”, a autora ressalta que,

de acordo com Habermas, a ideia de esfera pública é um corpo de ‘pessoas privadas’ reunidas para discutir problemas de ‘questões públicas’ ou de ‘comum interesse’. Essa ideia adquire força e se realiza nos então recém estados modernos da Europa, na constituição de uma esfera pública burguesa como contrapeso ao estados absolutistas.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Ibid., p. 27.

<sup>9</sup> Ibid., p.28.

<sup>10</sup> FRASER, Nancy. *Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy*. Social Text, n° 25/26, 1990 p. 58. Tradução nossa. No original: “According to Habermas, the idea of a public sphere is that of a body of ‘private persons’ assembled to discuss matters of ‘public concern’ or ‘common interest’. This idea acquired force and reality in early modern Europe in the constitution of “bourgeois public spheres” as counter weights absolutist states.”



E, “[o] resultado dessa discussão seria uma opinião pública no forte sentido de consenso sobre bem comum”.<sup>11</sup> Fraser ressalta que, na visão de historiadores revisionistas, não obstante a retórica de publicidade e acessibilidade contida na ideia de Habermas, a esfera pública é constituída por um número significativo de exclusões, que aparta pessoas da participação política democrática de discussão<sup>12</sup>, sendo que o gênero representaria o principal fator dessa exclusão.

Dessa forma, fazendo referência a Joan Landes, chama atenção para o fato de que a essência da esfera pública na nova república na França foi construída opondo-se deliberadamente ao que se entendia por “cultura de salão feminina”, que os republicanos trataram de estigmatizar como artificial, afeminado e aristocrático. Consequentemente um novo e austero estilo de discurso e comportamento público passou a ser promovido, um estilo estritamente racional, virtuoso e viril. Nesse sentido, o conceito de esfera pública republicana foi assentado sobre bases relacionadas ao gênero masculino, com a exclusão formal de políticas ligadas à vida da mulher.<sup>13</sup>

Segundo a autora, essa operação de exclusão, essencial para a esfera pública, não teria ocorrido tão somente na França, como também na Inglaterra e Alemanha, mas, em todos esses países “a exclusão por gênero está relacionada com outras exclusões enraizadas no processo de formação de classe”<sup>14</sup>. Dessa forma, considerando que nesses países a esfera pública foi construída por agentes da sociedade – os quais encontravam-se reunidos em clubes e instituições associativas diversas –, o formato dessas organizações coletivas refletiu na própria configuração da esfera pública.

Em vista disso, considerando que as organizações associativas da época – filantrópicas, profissionais, civis e culturais – não eram acessíveis a todos, a formação de uma cultura da sociedade civil, e da esfera pública, coincidiu com o surgimento e construção da classe burguesa. E, as novas regras de gênero da época proporcionaram a domesticação das mulheres e uma rígida separação entre esferas públicas e privadas. Dessa forma, os impedimentos formais para uma ampla participação das mulheres na esfera pública persistem até hoje,

---

<sup>11</sup> Ibid., p. 59. Tradução nossa. No original: “The result of such discussion would be “public opinion” in the Strong sense of a consensus about the common good.”

<sup>12</sup> Ibid., p. 59. Tradução nossa. No original: “They argue that, despite the rhetoric of publicity and accessibility, that official public sphere rested on, indeed was importantly constituted by a number of significant exclusions.”

<sup>13</sup> Ibid., p. 59. Tradução nossa. No original: “exclusions for Landes, the key axis of exclusion is gender; she argues that the ethos of the new republican public sphere in France was constructed in deliberate opposition to that of a more woman friendly salon culture that the republicans stigmatized as ‘artificial’, ‘effeminate’, and ‘aristocratic.’ Consequently, a new, austere style of public speech and behavior was promoted, a styled deemed ‘rational, virtuous, and ‘manly’”.

<sup>14</sup> Ibid., p. 60. Tradução nossa. No original: that in all these countries gender exclusions were linked to other exclusions rooted in processes of class formation.

“ainda que todos tenham formal e legalmente licença para participar”<sup>15</sup>, já que derivam de estruturas (classe/gênero) sociais desiguais.

Ao tratar de organização social, Pateman defende que não há sentido em insistir que haveria dois sistemas paralelos, um econômico e outro sexual, uma vez que o capitalismo possui uma estrutura patriarcal. Assim,

as aptidões que permitem aos homens, mas não às mulheres, serem ‘trabalhadores’ são as mesmas capacidades masculinas exigidas para se ser um ‘indivíduo’, um marido e um chefe de família. A história do contrato sexual começa, portanto, com a construção do indivíduo.<sup>16</sup>

Percebe-se que ambas as autoras procuram compreender a separação do espaço público e privado, e a sujeição da mulher aos estritos limites desse último, por meio da análise da formação da sociedade civil. Apesar de tomar como referencial duas teóricas que falam de lugares e contextos bastante diversos do brasileiro, e se ter a compreensão que cada sociedade guarda as suas particularidades, lidar com a situação da mulher – em que pese ser um gênero que comporta uma diversidade imensurável – é falar de uma opressão trans-histórica e universal, que supõe uma estrutura fixa e permanente de dominação.

A subjugação da mulher nessa estrutura social se dá também por meio da desvalorização das experiências subjetivas que somente mulheres podem experimentar. Enquanto a maternidade é vista como um fato natural e social – pois a mulher que dá à luz é a mãe –, a paternidade é mero fato social, uma invenção humana, já que em razão do lapso de tempo que separa o ato sexual do nascimento, a paternidade tem que ser conhecida ou inventada. Para Pateman, o direito patriarcal não deriva da posição das mulheres como mãe, já que “o sentido e o valor atribuídos à maternidade na sociedade civil são, ao contrário, uma consequência da construção patriarcal da diferença sexual, enquanto uma diferença política”<sup>17</sup>.

A Lei 13.257/2106, ao estabelecer diferentes critérios para pais e mães na concessão da prisão domiciliar, indica a escolha de um espaço a ser ocupado pela mulher de forma natural – o lar – pautado na naturalização da relação materna com a prole, enquanto sinaliza que, a ocupação de tal espaço pelo homem não seria algo inato, mas a depender de circunstâncias muito particulares.

A indicação de um espaço a ser ocupado, prescreve necessariamente um papel social a ser desempenhado, e entender a forma como a divisão dos espaços se dão em nossa sociedade possibilita o questionamento sobre a naturalização dos papéis sociais que se espera que sejam desempenhados por homens e mulheres.

---

<sup>15</sup> Ibid., p. 63. Tradução nossa. No original: Here we are talking about informal impediments to participatory parity that can persist even after everyone is formally and legally licensed to participate.

<sup>16</sup> PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. Editora Paz e Terra, 1993. p. 15. p. 63.

<sup>17</sup> Ibid., p. 57-58.

Assim, a análise da mudança operada pela Lei 13.257/2016, no que concerne à diferenciação estabelecida para a concessão da prisão domiciliar, auxilia na reflexão de como o Estado encara o espaço a ser ocupado pela mulher, e, por consequência, o papel a ser desempenhado por ela. Pensar nos benefícios diretos que a referida mudança legislativa proporciona em nossa realidade não significa que não possamos questionar a opressão que se esconde por detrás da lei.

## **2. A ESFERA PÚBLICA CONFINANDO MULHERES AO ESPAÇO PRIVADO**

A Lei 13.257/2016, conforme é informado em seu artigo 1º, tem como objetivo estabelecer princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano.

No que tange ao objeto, a Lei 13.257/2016, ao tratar de políticas para a primeira infância, não se limita à inserção de três novos incisos ao artigo 318 do Código de Processo Penal – ampliando as hipóteses de concessão de prisão domiciliar. Mas prevê também outras medidas que venham ao encontro do melhor interesse da criança, como possibilidade de extensão da licença-paternidade para vinte dias, dentre outras medidas. Deste modo, a alteração promovida no art. 318 do Código de Processo Penal, visa, sem dúvida, atender aos interesses da criança, ainda que venha inevitavelmente ao encontro dos anseios do pai e mãe, evitando-se a desagregação familiar.

Como já dito, em razão da diferenciação estabelecida, enquanto a mulher deverá comprovar sua situação de mãe de filho menor de 12 (doze) anos incompletos com a mera apresentação da certidão de nascimento do filho (a); o homem deverá anexar ao processo, além desse documento, declarações de pessoas conhecidas que atestem ser o único responsável pelos cuidados da criança e documentos da escola, por exemplo, que comprovem tal condição.

Não se pode ignorar o fato de que a lei não cria a realidade, esta existe por si só e se reproduz de forma autônoma a depender de diversos fatores sociais. O que ordenamento jurídico faz, ou ao menos tenta, é regular relações e situações a partir de materiais colhidos e depreendidos dessa realidade, ainda que por algumas vezes lei e mundo dos fatos andem de forma desencontrada.

Nesse sentido, pesquisas demonstram que as mulheres são de fato mais participativas na criação de seus filhos, e na realização de tarefas domésticas, em nossa sociedade. De acordo com pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>18</sup>, a partir do censo escolar, havia cerca de 5,4 milhões de crianças no Brasil no ano de 2011 sem o nome do pai nas certidões de nascimento, dado

---

<sup>18</sup> Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques//arquivo/2015/04/b550153d316d6948b61dfbf7c07f13ea.pdf>> Acesso em: 10.08.2016

esse bastante significativo e representativo do comportamento masculino no tocante aos cuidados e responsabilização com a prole.

Da mesma forma, de acordo com pesquisa “Trabalho feminino e vida familiar: escolhas e constrangimentos na vida das mulheres no início do século XXI”, desenvolvida no Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” (Nepo) da Unicamp a partir de dados coletados na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) para os anos de 2001 a 2012, 90% das mulheres entre 16 e 60 anos responderam que realizavam algum trabalho doméstico semanalmente, contra apenas 40% dos homens na mesma faixa etária.<sup>19</sup>

Partindo desse referencial, conclui-se que a diferenciação estabelecida pela Lei 13.257/2006 não decorre, a princípio, de um devaneio criado pelo legislador, uma vez que tal diferenciação foi estabelecida a partir de percepções colhidas no âmbito de nossa própria sociedade.

Nessa perspectiva, a mudança operada pela Lei 13.257/2016 representaria um significativo avanço, pois estaríamos diante de um dispositivo legal que lançaria um olhar sobre a particular relação da mulher e sua prole, assegurando a convivência familiar e privilegiando as experiências subjetivas que teriam um especial significado para a vida da mulher<sup>20</sup>. Além disso, a medida desencarceradora prevista na lei evita que mulheres sejam lançadas no sistema prisional já superlotado e com condições extremamente indignas de tratamento.<sup>21</sup>

Por outro lado, não podemos perder de vista que, em última análise, o que a Lei 13.257/2016 está fazendo é determinando comportamentos. E, ainda que assim o faça a partir de percepções colhidas da realidade, não podemos ignorar que tal realidade foi construída e desenvolvida sobre bases marcadamente patriarcais, as quais irão atribuir à mulher um papel coadjuvante e desvalorizado frente à dominação masculina. É bom lembrar que própria formação da classe burguesa e de uma cultura marcadamente dividida em espaços bem delineados

---

<sup>19</sup> Disponível em <<http://www.unicamp.br/unicamp/ju/617/tudo-como-antes>>. Acesso em: 20.08.2016

<sup>20</sup> A autora Robin West, na obra *Gênero y teoria del derecho* (Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000), explica que a afirmação de que somos indivíduos primeiro, e o que nos separa é epistemologicamente anterior ao que nos une, seria falso em relação às mulheres, de acordo com o ponto de vista das feministas culturais. Assim, para essa corrente do feminismo, as mulheres não estariam essencial e necessariamente separadas de outros seres humanos. Muito pelo contrário, a vida da mulher seria marcada pelo potencial de conexão com o outro, considerando, sobretudo, a experiência proporcionada pela gravidez. Dessa forma, as mulheres valorizariam a ideia de intimidade, que seria natural para elas, e desenvolveriam relações, e até mesmo uma ética, marcadas pela noção de responsabilidade e cuidado. Por outro lado, em razão dessa experiência subjetiva marcada pela conexão, as mulheres temeriam a separação do outro.

<sup>21</sup> De acordo com dados do Infopen Mulheres (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), de junho de 2014, existem cerca de 37.380 mulheres encarceradas em nosso país, sendo que 68% dessas mulheres possuem vinculação penal por envolvimento com o tráfico de drogas não relacionado às maiores redes de organização criminosa. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 12.08.2016

de atuação não contou com a participação da mulher, conforme depreende-se pela narrativa de elaboração do contrato social evidenciada por Carole Pateman.

De fato, não é factível esperar que uma mudança na dinâmica social que se estabelece entre gêneros seja efetuada através da lei, pois, como bem observado por Tove Stang Dahl “o Direito não tem um papel claro, nem como reflexo automático das normas na sociedade, nem como construção socialmente útil. O Direito tanto pode seguir os desenvolvimentos na sociedade e na opinião pública, como precedê-los.”<sup>22</sup>

Essa percepção resta nítida quando verificamos o próprio processo de formação da lei em questão, pois treze deputados federais são apontados como autores da lei, sendo que desse universo apenas três são deputadas mulheres.<sup>23</sup> Essa baixa representatividade reflete o diminuto espaço político ocupado pelas mulheres em nossa sociedade, as quais enfrentam enormes barreiras na transposição do espaço privado.

Assim, percebe-se que a Lei 13.257/2006 apenas evidencia o círculo vicioso que é repetido de forma perene, pois um número significativo baixo de mulheres ocupam cargos no legislativo federal<sup>24</sup>, o que contribui para que as leis formuladas nesse tipo de configuração representativa internalizem acriticamente dados da realidade contribuindo para manutenção do *status quo* - que atende aos interesses de uns - de divisão de espaços e distribuição e papéis.

Dessa forma, o confinamento da mulher ao espaço privado e familiar, com a correlata desvalorização desse espaço e atividades relacionadas ao mesmo, como cuidado com os filhos e desempenho de atividades domésticas, opera como uma forma de opressão da mulher, que encontra dificuldades em participar da esfera pública de discussão, já que a entrada neste espaço não lhe é facilmente franqueada. Cria-se uma barreira, em última análise, à própria autonomia e emancipação feminina, já que a visão do Estado reproduzida na lei é limitadora e estigmatizante.

Assim, ao partir da concepção de que o parlamento também pode ser encarado como uma esfera pública de discursividade<sup>25</sup>, retorna-se às críticas

---

<sup>22</sup> DAHL, Tove Stang. *O Direito das Mulheres*. Uma Introdução à Teoria do Direito Feminista. p.64.

<sup>23</sup> Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_autores?idProposicao=60483](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_autores?idProposicao=60483)>. Acesso em: 13.08.2016

<sup>24</sup> O Brasil tem uma das taxas mais baixas do mundo de presença de mulheres do Congresso Nacional. Dados divulgados pela União Inter-Parlamentar indicam que de um total de 193 países, o Brasil ocupa a 155ª posição no ranking de representação feminina no Legislativo. Atualmente a Câmara dos Deputados é ocupada por 51 deputadas (9,98% do total) e 13 senadoras (16,05%). Disponível em <<http://www.ipu.org/wmn-e/classif.htm>> Acesso em: 20.08.2016

<sup>25</sup> Nancy Fraser, ao tratar da noção de esfera pública burguesa desenvolvida por Habermas, critica a premissa construída inicialmente pelo autor no sentido de que “uma esfera pública democrática e operativa requer uma clara separação entre a sociedade civil e o Estado”. Isso porque, na visão da autora a “emergência da soberania parlamentar e a relativização subsequente da separação entre a sociedade civil (associativa) e o Estado, representa um avanço democrático

formuladas por Nancy Fraser<sup>26</sup> quando evidencia que essa esfera pública é marcada por processos de exclusão. Que, ao final, se retroalimentam, já que aqueles que efetivamente têm voz tendem a não propiciar mudanças para ocupação mais democrática desse espaço.

Interessante lembrar que o Brasil ratificou em 1984 a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, tendo restado consignado que os Estados Membros estariam

“(...) [c]onscientes de que o papel da mulher na procriação não deve ser causa de discriminação, mas sim que a educação dos filhos exige a responsabilidade compartilhada entre homens e mulheres e a sociedade como um conjunto. Reconhecendo que para alcançar a plena igualdade entre o homem e a mulher é necessário modificar o papel tradicional tanto do homem, como da mulher na sociedade e na família.”<sup>27</sup>

Contudo, o que se observa quanto à Lei 13.257/2016, no que concerne à alteração do Código de Processo Penal, é que a lei presumiu uma desigualdade real e perpetuou tal quadro ao invés de procurar superá-lo e contribuir para a desnaturalização da organização social patriarcal. Portanto, contrariamente ao estabelecido na convenção, o papel tradicional da mulher e do homem foram reproduzidos de forma acrítica.

---

sobre os arranjos políticos anteriores. Isto se dá porque, como sugerem os termos ‘público forte’ e ‘público débil’, a força da opinião pública é potencializada quando um corpo que a representa tem o poder de traduzir tais ‘opiniões’ em decisões impositivas”. Fraser, Nancy. Repensando la esfera pública : una contribución a la crítica de la democracia actualmente existente. 1999. Revista Ecuador Debate, n.º. 46. p 23. Tradução nossa. No original: una esfera pública democrática y operativa requiere de una clara separación entre la sociedad civil y el Estado.

<sup>26</sup> Idem. p. 25. Tradução nossa. No original: : a emergencia de la soberanía parlamentaria y la relativización subsiguiente de la separación entre la sociedad civil (asociativa) y el Estado, representa un avance democrático sobre los arreglos políticos anteriores. Esto se da por que, como se sugiere en los términos “público fuerte” y “público débil”, la fuerza de la opinión pública es potenciada cuando un cuerpo que la representa tiene el poder de traducir tales “opiniones” en decisiones autoritativas

<sup>27</sup> O artigo 5º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres prevê que “Os Estados Membros tomarão todas as medidas apropriadas para: § 1. Modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres. § 2. Garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres, no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos, entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá a consideração primordial em todos os casos.” 28 Artigo 312 do Código de Processo Penal: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

À vista disso, ainda que o nos dias atuais a mudança operada pela Lei 13.257/2016 possa ser encarada como um avanço – diante da gravidade inegável que um afastamento entre genitora e filho representa para ambos, bem como situação de calamidade de nossas prisões – a mesma em nada contribui na desconstrução da diferença dos papéis sociais desempenhados por homens e mulheres a partir de concepções culturalmente construídas de destinação de espaços.

Para que um efetivo progresso pudesse ser identificado na mudança propiciada pela Lei 13.257/2016 não deveria ter havido o estabelecimento de diferenças para a concessão da prisão domiciliar para o homens e mulheres pais de crianças de até 12 (doze) anos de idade, bastando que, em análise conjunta com os demais requisitos legais<sup>28</sup>, a situação de paternidade ou maternidade restasse comprovada. Dessa forma, uma não diferenciação acerca dos requisitos demonstraria que o Estado compreende que tanto mulheres quanto homens, têm responsabilidades, em igual medida, a serem assumidas junto à prole, e que o papel da mulher não se limita ao cumprimento dessas responsabilidades e a um lugar específico, o espaço privado.

## CONCLUSÃO

Busca-se chamar a atenção neste trabalho que legislar sobre a mulher é regular juridicamente a condição feminina, estabelecendo o espaço que lhe é destinado e o papel que esta desempenha na sociedade. Ainda que o espaço e o papel sejam fixados por meio de motivações atreladas a aspectos biológicos, importante procurar refletir sobre a formação de nossa cultura, e a participação – ou ausência – da mulher nesse processo construtivo de identidades.

É necessário, dessa forma, se questionar, não acerca da diferença biológica, mas como ela vai ser apropriada, por que ela se tornou relevante e por que ela tem essa força de delimitar lugares e papéis. Nesse sentido, as teorias feministas aqui abordadas não apenas versam sobre o lugar que a mulher ocupa, mas como, e por que, ela ocupa esse lugar. Razão pela qual foi necessário abordar a diferença estabelecida pela Lei nº 13.257/2016 a partir da perspectiva das ideias de Carole Pateman e Nancy Fraser, para compreender o lugar conferido com tanta naturalidade pela lei à mulher.

Se a Lei nº 13.257/2016, no ponto que estamos tratando, for olhada através de uma lupa, que enxergue apenas a triste realidade vivenciada por milhares de mãe privadas do contato com seus filhos, confinadas em presídios sub-humanos, não será difícil detectarmos avanços. Porém, se a lei for olhada através de uma luneta que tente enxergar a realidade um pouco mais distante, será possível perceber retrocesso nessa lei que insiste em ditar formas comportamentais padronizadas e diferenciadas entre homens e mulheres, sobretudo no que concerne a interações familiares.

Afinal, admitir como natural a imagem da mulher como ser essencialmente doméstico, voltada às questões da esfera privada, é tolher sensivelmente

as possibilidades de desenvolvimento desse ser.<sup>28</sup> Possível notar que o legislador não se preocupou, quando da introdução dos três incisos ao art. 318 do Código de Processo Penal, em traçar uma norma prescritiva para a sociedade, capaz de transformar a realidade, mas tão somente descritiva, de manutenção do *status quo*, optando em operar no mundo do ser quando tinha a oportunidade de agir sobre o campo do dever-ser.

Assim, o próprio processo legislativo de formação da lei nos diz muito sobre a dificuldade em ser operada efetivas mudanças na configuração de nossa sociedade. Isso porque, se poucas mulheres conseguem se lançar na esfera pública de discursividade do parlamento, a tendência é que as leis reproduzam a visão da mulher enquanto ser essencialmente doméstico voltada às questões afetas ao lar.

Dessa forma, caberá aos aplicadores do novo dispositivo legal, no caso os juízes, não se esquecerem que o objetivo final buscado pela lei é evitar que a criança perca o referencial familiar, que pode, e deve, ser estabelecido com ambos os genitores. Portanto, a comprovação de ser o único responsável exigida do pai revela-se injustificada, reprodutora de arcaicos estereótipos sociais, já que a manutenção ou restabelecimento da relação familiar não deve ser vista como algo extraordinário na vida do homem, mas apenas um dos aspectos que a permeiam.

Deve-se ressaltar, que o Direito, a princípio, não é masculino, não tem essência, é uma atividade humana, e, por ser humano, inevitavelmente é cultural, sendo assim, é de enorme importância verificar os interesses escondidos por trás de um véu de racionalidade legal.

Assim, calcada nas bases de uma cultura patriarcal, a lei aparece como manifestação estatal, isto é, manifestação do poder masculino que predomina nas esferas públicas de discursividade, utilizando o Direito como elemento desse poder. O gênero surge como um sistema social que divide o poder, é forma de pensar o sistema social estatal sob o viés de dominação/impotência. Dessa maneira, este modelo foi criado em cima da impotência de alguém, para servir a outro. E facilmente percebe-se que ele não serve às mulheres.

Trazer o homem ao espaço doméstico, conectando-o à sua prole, com assunção das inevitáveis responsabilidades que daí decorrem, desconstrói e desnaturaliza paradigmas. É uma medida que permite o traçado de novos caminhos para as mulheres, possibilitando o desenvolvimento de uma vida plena, sem as amarras que espaços sociais pré-estabelecidos tendem a operar sobre elas.

---

<sup>28</sup> Simone de Beauvoir, partindo de uma premissa existencialista em sua obra *O Segundo Sexo* (2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009, p.30) entende que “cada vez que a transcendência cai em imanência, há degradação da existência em ‘em si’, da liberdade em facticidade; essa queda é uma falha moral, se consentida pelo sujeito. Se lhe é infligida assume o aspecto de frustração ou opressão. Em ambos os casos, é um mal absoluto. Todo indivíduo que se preocupa em justificar sua existência sente-a como uma necessidade indefinida de transcender.”



## REFERÊNCIAS

Código Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 11.08.16.

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres. Disponível em < <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dm-conv-edcmulheres.html>>. Acesso em 11.09.2016

BEAUVOIR, Simone. O Segundo Sexo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

DAHL, Tove Stang. *O Direito das Mulheres: Uma Introdução à Teoria do Direito Feminista*: Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually

Existing Democracy. Social Text, nº 25/26, 1990.

Fraser, Nancy. Repensando la esfera pública : una contribución a la crítica de la democracia actualmente existente. Revista Ecuador Debate, nº. 46. 1999.

NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. Editora Paz e Terra, 1993.

WEST, Robin. *Gênero y teoría del derecho*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000.

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_autores?idProposicao=60483](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_autores?idProposicao=60483). Acesso em 13.08.2016

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques//arquivo/2015/04/b550153d316d6948b61dfbf7c07f13ea.pdf>. Acesso em: 10.08.2016.

<http://www.ipu.org/wmn-e/classif.htm>> Acesso em: 20.08.2016

[http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf). Acesso em: 12.08.16

<http://www.unicamp.br/unicamp/ju/617/tudo-como-antes>>. Acesso em: 20.08.2016



# SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL: A SELETIVIDADE DE GÊNERO COMO DESAFIO À CONSTRUÇÃO DE UMA ORDEM SOCIAL IGUALITÁRIA

4

*Roberto Carvalho Veloso<sup>1</sup>*  
*Kenny Regyna Mesquita Passos<sup>2</sup>*

## INTRODUÇÃO

Os papéis e funções atribuídos a homens e mulheres numa determinada ordem social, são menos o resultado de uma suposta “essência” de suas diferenças sexuais, do que o produto de uma construção cultural, imbricada de relações de poder.

Desse modo, sob o escopo de uma natureza masculina ou feminina, engendram-se relações de desigualdade que hierarquizam os sujeitos de acordo com o gênero ao qual pertencem.

O objetivo do presente estudo é analisar como a atuação do Sistema de Justiça Penal contribui com essa estrutura, produzindo e reproduzindo tais assimetrias de gênero.

**Segundo Saffioti e Almeida<sup>3</sup>, o gênero é um componente primordial das relações sociais. Existe como categoria universal, que antecede sociedades baseadas na propriedade privada, atravessando relações de classe e etnia. Tal conceito foge a conotações puramente biológicas e relaciona-se a um processo social, segundo o qual os indivíduos são inseridos em categorias que absorvem representações com significados próprios:**

<sup>1</sup> Juiz Federal no Maranhão. Presidente da AJUFE - Associação dos Juizes Federais do Brasil. Professor e Pesquisador da UniCEUMA. Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí.

<sup>2</sup> Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Direito Público pela Universidade Católica Don Bosco. Graduada em Direito pela Universidade Ceuma.

<sup>3</sup> SAFFIOTI Heleieth I. B. e Almeida, Suely S. de. **Violência de gênero: poder e impotência.** Rio de Janeiro: REVINTER, 1995. p.20

**[...] o componente do gênero é uma relação social, que remete os indivíduos a uma categoria previamente constituída. Coloca em relação um indivíduo com outros, determina se ele é pertencente a uma categoria e o posiciona face a outros pertencentes a outra categoria<sup>4</sup>**

Valorações assimétricas das representações atribuídas às categorias masculino e feminino em diversos momentos históricos se converteram em diferenças políticas, resultando numa relação de poder capaz de impor não apenas o modo de ser, mas também sanções ao comportamento considerado “desviado”, instituindo um regime de dominação-exploração de homens sobre mulheres, que hierarquiza os indivíduos, determina a divisão sexual do trabalho, controla o corpo, o comportamento, as funções reprodutivas e a sexualidade dos sujeitos.<sup>5</sup>

É com o resultado deste processo que se verifica o acesso diferenciado de homens e mulheres aos espaços públicos e privados, refletindo-se consequentemente na assimetria de posições ocupadas por esses indivíduos em várias esferas da vida social, como na economia, na política e no próprio âmbito familiar – estabelecendo o domínio masculino sobre os espaços da produção, enquanto mantém as funções de cuidado e reprodução como atividades tipicamente femininas, justificando-se por meio de um discurso que garante a naturalização de atributos culturalmente relacionados a esses gêneros.<sup>6</sup>

Tais relações de desigualdade encontram seu ponto de culminância e sustentação no fenômeno da “violência de gênero”, que por sua vez, consiste numa espécie de “autorização tácita” para punir o que lhe escapa ao controle<sup>7</sup>, tendo na violência contra a mulher uma de suas principais manifestações.

Isto porque o uso da violência se constitui como um dos meios mais “eficazes” de manutenção da dominação quando este se encontra em vias de ser perdido<sup>8</sup>, evidenciando assim o caráter instrumental da violência contra a mulher na manutenção da “ordem” masculina, fenômeno que, deste modo, possui duas dimensões: uma histórica, na forma de práticas exercidas tanto pelo uso da força física quanto pelas vias psicológica, emocional ou econômica; e uma dimensão simbólica, como fruto de um trabalho constante de produção, reprodução e consequente naturalização de subjetividades, de “papéis sociais”

<sup>4</sup> SAFFIOTI Heleieth I. B. e Almeida, Suely S. de. **Violência de gênero: poder e impotência**. Rio de Janeiro: REVINTER, 1995. p.20

<sup>5</sup> SAFFIOTI Heleieth I. **Gênero, Patriarcado, Violência**. Editora Fundação Perseu Abramo. SP. 2011.

<sup>6</sup> ALMEIDA, Suely Souza de. **Violência de Gênero e Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007. p.27

<sup>7</sup> SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero**. 2005. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332001000100007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332001000100007&script=sci_arttext). Acesso em 25/05/2017

<sup>8</sup> ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. p.71

e de “modelos de comportamento” que devem ser conhecidos, incorporados por cada indivíduo e reproduzidos pelas instituições.

Esta última dimensão revela que as desigualdades de gênero consistem na manifestação por excelência do que Bourdieu chama de “Dominação Simbólica”<sup>9</sup>, pois parte de uma noção equivocada de que tais construções são “naturais”, sendo portanto reconhecidas como legítimas tanto pelos dominantes, quanto pelos dominados:

O poder simbólico como poder de construir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo, portanto o mundo; poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário. [...] Isto significa que o poder simbólico [...] se define numa relação determinada – e por meio desta – entre os que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos, quer dizer, isto é, na própria estrutura do campo em que se produz e se reproduz a crença.<sup>10</sup>

A dominação simbólica está presente em todas as esferas de poder, perpetuando uma forma de violência silenciosamente aceita, a “violência simbólica”, implícita nos discursos toma a forma de “*conformismo lógico*” no dizer de Durkheim<sup>11</sup>, impondo aos dominados os instrumentos de conhecimento dos dominantes, seus valores, seus sistemas de comunicação e classificação, seus parâmetros de visão e divisão do mundo, recebendo em troca adesão e cumplicidade:

A violência simbólica institui-se por meio da adesão que o dominado não pode deixar de conceder ao dominante (e, portanto, à dominação) quando ele não dispõe, para pensá-la e para se pensar, ou melhor, para pensar sua relação com ele, mais de que os instrumentos de conhecimento que ambos têm em comum e que, não sendo mais que a forma incorporada da relação de dominação, fazem esta relação ser vista como natural; ou, em outros termos, quando os esquemas que ele põe em ação para se ver e se avaliar, ou para ver e avaliar os dominantes [...], resultam da incorporação de classificações, assim naturalizadas, de que seu ser social é produto.”<sup>12</sup>

Sendo assim, busca-se no presente trabalho, identificar, em que medida, o Sistema de Justiça Penal, que reúne leis, instituições e indivíduos que as operam, é afetado por tais construções simbólicas que se engendram na sociedade,

<sup>9</sup> Bourdieu, Pierre. **O poder simbólico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

<sup>10</sup> BOURDIEU, P. **O poder simbólico**. 10 ed. Rios de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p.14-15

<sup>11</sup> Apud BOURDIEU, op. cit. p. 09.

<sup>12</sup> BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p.46

analisando seu funcionamento como mecanismo de ruptura ou de reprodução das desigualdades de gênero.

## 1. DESIGUALDADE DE GÊNERO E SELETIVIDADE PENAL

No tocante à gestão dos fenômenos criminais, o Estado Democrático de Direito, por meio do Sistema de Justiça Penal, apresenta-se como única esfera de solução dos conflitos, na qual estariam garantidas a observância de dois princípios basilares: Legalidade e Igualdade, garantindo-lhe assim um status de universalidade e neutralidade.

Bourdieu atribui muito dessa noção, às propriedades linguísticas presentes no campo jurídico, isto é, para além do que é dito, o modo como é dito:

A linguagem jurídica [...] combina elementos diretamente retirados da língua comum e elementos estranhos ao sistema, produzindo uma retórica da impessoalidade e da neutralidade, conferindo a aparência de fundamento transcendental às formas históricas da razão jurídica. Alcançam-se dois efeitos, a saber: O efeito de neutralização é obtido por um conjunto de características sintáticas tais como o predomínio das construções passivas e das frases impessoais, próprias para marcar a impessoalidade do enunciado normativo e para constituir o enunciador em sujeito universal, ao mesmo tempo imparcial e objetivo. O efeito de universalização é obtido por meio de vários processos convergentes: o recurso sistemático ao indicativo para enunciar normas, o emprego, próprio da retórica da atestação oficial e do auto, de verbos atestivos na terceira pessoa do singular do presente ou do passado composto que exprimem o aspecto realizado (“aceita”, “confessa”, “compromete-se”, “declarou”, etc.); o uso de indefinidos (“todo o condenado”) e do presente do intemporal – ou do futuro jurídico – próprios para exprimirem a generalidade e a omnitemporalidade da regra do direito: a referência a valores transsubjectivos que pressupõem a existência de um consenso ético (por exemplo, “como bom pai de família”)<sup>13</sup>

Tais características tornam as decisões judiciais, e de modo especial o “veredito”, a sentença irrecorrível, uma representação da palavra oficial do Estado –aquilo que põe fim ao conflito, reestabelecendo a ordem a partir da afirmação de determinados princípios orientadores ali ratificados:

O veredito do juiz, que resolve os conflitos ou as negociações a respeito de coisas ou de pessoas ao proclamar publicamente o que elas são na verdade, em última instância, pertence à classe dos *actos de nomeação* ou de *instituição*, diferindo assim do insulto lançado por um simples particular [...] que só compromete o seu autor, não tem

<sup>13</sup> Bourdieu, Pierre. **O poder simbólico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 215-216.

qualquer eficácia simbólica; ele representa a forma por excelência da palavra autorizada, palavra pública, oficial, enunciada em nome de todos perante todos: estes enunciados performativos, enquanto juízos de atribuição formulados publicamente por agentes que atuam como mandatários autorizados de uma coletividade [...] são atos mágicos que são bem sucedidos porque estão à altura de se fazerem reconhecer universalmente, portanto de conseguir que ninguém possa recusar ou ignorar o ponto de vista, a visão, que eles impõem.<sup>14</sup>

O discurso jurídico é, portanto, um significativo instrumento de produção do próprio campo social. O momento de “dizer o direito”, cria, modifica, legitima e ratifica práticas e crenças, destinando-se não somente às partes envolvidas no processo, mas à toda sociedade.

Ocorre que, sob o aparente tecnicismo e neutralidade do discurso judicial na aplicação das normas penais, operam-se práticas contrárias aos princípios constitucionais declarados, características historicamente pertencentes ao Estado brasileiro, e que consequentemente não levam à ruptura das desigualdades existentes, mas o contrário, legitimam sua ordem social e simbólica.<sup>15</sup>

O pensamento científico tem produzido severas críticas ao discurso legitimador da ordem jurídica, revelando a clara dicotomia entre discurso e prática, identificando no sistema penal uma eficácia inversa à proposta, isto é, uma atuação seletiva e estigmatizante.

Nesse sentido, sustenta Andrade, que o “*mito do Direito Penal igualitário*”<sup>16</sup>, acrescido de uma perspectiva de gênero, revela que o Sistema de Justiça Penal funciona como um subsistema de controle social que se dirige de modo seletivo para autores e vítimas, as quais, sendo mulheres, sofrem ainda com a incidência da complexa fenomenologia de controle social que se inicia já na família.<sup>17</sup>

Trata-se de um sistema de violência institucional plurifacetada, que expressa e reproduz não apenas as desigualdades estruturais das relações sociais de raça e classe, mas também em relação ao gênero, e que se torna particularmente visível nos casos de violência sexual, em razão do lugar historicamente atribuído ao feminino no campo da sexualidade.

---

<sup>14</sup> Ibid. p. 237.

<sup>15</sup> ROCHA, Lourdes de Maria Leitão Nunes. **A atuação do poder judiciário face à questão da violência doméstica contra a mulher**. 1998. 74 f. Dissertação. (Mestrado em Políticas Públicas). Universidade Federal do Maranhão, Maranhão.

<sup>16</sup> “[...] a) O Direito Penal protege igualmente a todos os cidadãos das ofensas aos bens essenciais, em relação aos quais todos os cidadãos tem igual interesse; b) A lei penal é igual para todos, isto é, os autores de comportamentos anti-sociais e os violadores de normas penalmente sancionadas te ‘chances’ de converter-se em sujeitos do processo de criminalização, com as mesmas conseqüências” ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?* Disponível em: <http://www.direitoejustica.com/criminologia/index5.html>

<sup>17</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?* Disponível em: <http://www.direitoejustica.com/criminologia/index5.html>. Acesso em: 25 jul. 2016.

A passagem da vítima mulher ao longo do controle social formal acionado pelo sistema de justiça criminal implica, nesta perspectiva, vivenciar toda uma cultura da discriminação, da humilhação e da estereotipia. Pois, e este aspecto é fundamental, não há uma ruptura entre relações familiares (pai, padrasto, marido), trabalhistas ou profissionais (chefe) e relações sociais em geral (vizinhos, amigos, estranhos, processos de comunicação social) que violentam e discriminam a mulher, e o sistema penal que a protegeria contra este domínio e opressão, mas um *continuum* uma interação entre o controle social informal exercido pelos primeiros (particularmente a família) e o controle formal exercido pelo segundo.<sup>18</sup>

Desta feita, observa-se que nem o Direito Penal, nem as instituições que o aplicam, protegem na mesma medida todos os cidadãos e todos os seus interesses. Para Baratta, sob o escopo da fragmentariedade do Direito Penal, esconde-se a tendência de proteger os interesses das classes dominantes, imunizando os indivíduos a elas pertencentes, enquanto dirige o processo de criminalização muito mais para condutas relacionadas às classes subalternas, reproduzindo um processo de seleção e “etiquetamento” desses indivíduos, o qual converge com a atuação de instituições informais de controle social, como a família, a escola, a igreja, a mídia, o mercado de trabalho etc.<sup>19</sup>

Andrade destaca que assim como no processo de criminalização há uma distribuição desigual do *status* negativo de delinquente, a construção da vitimação também se dá de maneira seletiva, tornando-se mais evidente quando se trata da vitimação feminina, fortemente imbricada nas desigualdades de gênero produzidas no interior das relações sociais.<sup>20</sup>

## 2. DESIGUALDADE DE GÊNERO E NORMA JURÍDICA: O CONTROLE DO COMPORTAMENTO FEMININO NA TUTELA PENAL DA SEXUALIDADE

Segundo Greco:

[...] a conduta sexual é uma fonte suficientemente poderosa e explosiva ínsita a todo ser humano em qualquer meio social, para que alguma sociedade possa permitir a sua absoluta liberdade. Assim, ao longo da história, para impor limites ou reprimir tal manifestação humana, as comunidades têm se valido da combinação de diversos mecanismos de controle social, como as leis, a moral e a religião. (...) Por trás das formas de controle social da sexualidade, como forma de repressão,

<sup>18</sup> ANDRADE, Vera Regina. A soberania patriarcal: O sistema de Justiça Criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Seqüência**, n. 50, p. 71-102, jul. 2005. p. 73. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/4f33baebd-636cb77eb9a4bdc2036292c.pdf>. Acesso em: 29jul. 2016.

<sup>19</sup> ANDRADE, Vera Regina. Criminologia crítica e política penal alternativa. Tradução por J. Sérgio Fragoso. **Revista de Direito Penal**, n.23. Rio de Janeiro, p.7-21, jul./dez./1978.

<sup>20</sup> *Ibid.* p.82.



estão sempre ocultas as relações de poder, tais como o controle social da religião sobre os fiéis, do Estado sobre os cidadãos, dos pais sobre os filhos, dos homens sobre as mulheres, etc. Isso porque o exercício do poder de repressão da sexualidade não apresenta suas consequências somente em relação à conduta sexual individual. Também reflete na maneira pela qual as instituições crescem e se desenvolvem.<sup>21</sup>

Nessa perspectiva, por meio da análise de como a legislação brasileira vem tutelando a sexualidade, é possível traçar os contornos de como se engendrou o controle sobre o comportamento sexual dos indivíduos, e ainda, a as relações de poder que lhes deram forma.

As ordenações Filipinas, que duraram até os primeiros anos do Império, consideradas o primeiro ordenamento efetivamente aplicado no Brasil<sup>22</sup>, traziam o livro V inteiramente dedicado ao Direito Penal, constando no Título XVIII o crime de conjunção carnal violenta, sob a rubrica “Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava dela, ou a leva per sua vontade”<sup>23</sup>. Segundo a previsão legal, o delito deveria ser punido com pena de morte, subsistindo mesmo se houvesse o casamento do autor com a vítima:

Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della, ou a leva per sua vontade. Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello. (...) 1. E posto que o forçador depois do maleficio feito case com a mulher forçada, e ainda que o casamento seja feito per vontade della, não será relevado da dita pena, mas morrerá, assi como se com ella não houvesse casado<sup>24</sup>.

Mas ao contrário do que possa parecer inicialmente, o interesse da legislação colonial não se voltava à proteção das mulheres, nem ao reconhecimento do estupro como uma agressão a direitos femininos (aliás, as mulheres sequer eram consideradas sujeitos de direitos)<sup>25</sup>. O objetivo da tutela legal voltava-se à proteção de interesses masculinos, morais e patrimoniais. Isto porque, até meados do século XIX, manteve-se o significado do estupro como o “roubo” da “virtude” feminina, fortemente relacionado ao discurso religioso medieval de que uma vez tocadas pelo ato sexual fora das relações conjugais, ainda que de forma não consentida, as mulheres se tornavam seres impuros.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume III, 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 63.

<sup>22</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 6 ed. atual. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>23</sup> Ortografia original

<sup>24</sup> PORTUGAL. **Quinto livro das Ordenações Philipinas**. p.1168. Disponível em: <file:///C:/Users/Kennya/Downloads/000010186\_05.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2017.

<sup>25</sup> DEL PRIORE, Mary. **Mulheres no Brasil colonial**. Contexto. 2000.

<sup>26</sup> VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX**. Tradução de: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

Desse modo, sem valor por terem sido estupradas, as mulheres se tornariam imprestáveis para assegurar a manutenção ou o aumento do patrimônio familiar por meio do casamento, e uma vez já casadas, tornavam-se a prova da desonra do marido, que tivera violado o acesso sexual exclusivo àquela mulher, além da possibilidade de gerar dúvidas acerca da legitimidade de sua linha sucessória.<sup>27</sup>

Por outro lado, em relação à punição com morte, em que pese revelar a gravidade com a qual esses crimes eram percebidos na metrópole europeia e consequentemente na colônia, para Fragoso, isto não demonstrava uma severidade maior do que a usualmente prevista para os demais tipos penais de sua época, uma vez que a morte era comumente aplicada a um grande número de delitos, objetivando despertar o terror nas pessoas.<sup>28</sup>

As condenações, por sua vez, constituíam um fenômeno raro, pois o risco de gerar perdas à reputação e ao patrimônio das famílias, fazia com que dificilmente o ato praticado contra uma virgem ou uma mulher considerada “honesta” fosse levado ao conhecimento público, ao passo que os crimes cometidos contra prostitutas ou escravas, mulheres já sem valor, não se mostravam significativamente relevantes a ponto de despertar maiores repulsas.<sup>29</sup>

Em 1822, o Brasil tornou-se independente e teve sua primeira Constituição outorgada em 1824, a qual determinava expressamente a elaboração de uma legislação penal. O Código Criminal do Império foi assim editado em 1830 e regulamentava o crime de estupro no Capítulo II, intitulado “Dos crimes contra a segurança da honra”, no qual previa, sob o tipo penal do “estupro” diversas condutas, entre elas o defloramento de mulher virgem menor de dezessete anos e a cópula carnal praticada com violência ou ameaça contra mulheres:

Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezessete annos.  
Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a três annos, e de dotar a esta.  
Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.  
[...]  
Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.  
Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.  
Se a violentada fôr prostituta.  
Penas - de prisão por um mez a dous annos.<sup>30</sup>

A nova legislação abrandou a punição anteriormente prevista nas ordenações filipinas, substituindo a pena de morte pela pena de prisão ou pelo desterro.

---

<sup>27</sup> VIGARELLO, op. Cit.

<sup>28</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.70.

<sup>29</sup> VIGARELLO, op. cit.

<sup>30</sup> Ortografia original. BRASIL. 1830. Código Criminal do Império do Brazil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2017.

No que tange ao bem jurídico protegido, pode-se inferir que novamente a preocupação legal afastou-se da tutela dos interesses femininos à medida em que propôs o casamento entre ofensor e ofendida como hipótese de extinção da punibilidade, evidenciando a preocupação legal em restaurar o padrão de sexualidade imposto pela moral social, adstrito às relações conjugais, o qual fora violado pela prática do estupro. Em outras palavras, importava que a relação sexual espúria fosse ratificada pelos laços do matrimônio, restaurando a honra das famílias maculadas por tal desvio, independentemente da violência representada pela violação sexual.

Da mesma forma, a previsão de maior reprimenda quando a vítima fosse “mulher honesta” e menor quando a vítima fosse prostituta, demonstra que a adequação feminina à moralidade social seria a grande responsável por determinar o grau de reprovabilidade do estupro, e não a violência sexual, ao mesmo tempo que serve de instrumento para produzir e reproduzir o lugar do feminino nas relações sociais, moldando-lhe o comportamento desejável.

Posteriormente, em 1890, a primeira codificação penal republicana tratou de regular o crime de estupro em seu Título VIII – Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor, no Capítulo I – Da violência carnal, restringindo sua conduta à prática de conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça.

De modo semelhante ao que fez a legislação do Império em relação à sua antecessora, o primeiro Código Penal da República também abrandou consideravelmente as penas previstas para o delito, além de manter a previsão de que qualquer mulher poderia ocupar seu polo passivo, mantendo a distinção da quantidade de pena prevista em abstrato de acordo com o *status* social das vítimas.

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena - de prisão cellular por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:

Pena - de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

[...]

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.<sup>31</sup>

A nova legislação também manteve o casamento como causa extintiva da punibilidade tanto nos casos de “defloramento” quanto no “estupro de mulher honesta”, e assegurava nesses casos, diante da impossibilidade do casamento, que o condenado constituísse um dote à ofendida que para esta tivesse assegurado um matrimônio<sup>32</sup>. Observa-se que tal norma faz eco a todos os dispositivos

<sup>31</sup> BRASIL. 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Decreto nº847 de 11 de outubro de 1890. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm) >. Acesso em: 02 jun. 2017.

<sup>32</sup> Art. 276. Nos casos de defloramento, como nos de estupro de mulher honesta, a sentença que condemnar o criminoso o obrigará a dotar a offendida. Paragraphounico. Não haverá logar imposição de pena si seguir-se o casamento a aprazimento do representante legal da offendida,

legais anteriores, visando a manutenção da moralidade pública e seus padrões de sexualidade, a honra da família e seus interesses patrimoniais, em detrimento dos direitos individuais femininos.

Destaque-se, entretanto, que esse dispositivo legal inovou ao estabelecer pela primeira vez um conceito de violência, no qual está inserido não somente o uso da força física, mas qualquer meio capaz de retirar a possibilidade de resistência da vítima: “Por violência entende-se não só o emprego da força física, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psíquicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, chloroformio, o ether, e em geral os anestésicos e narcóticos”<sup>33</sup>.

Em 1940 foi editado o novo Código Penal brasileiro, que entrou em vigor no dia primeiro de janeiro de 1942, tipificando o crime de estupro com a seguinte redação: Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de três a oito anos.<sup>34</sup>

A lei nova além de aumentar a pena em relação ao estatuto anterior, retirou dos elementos normativos que compunham o tipo penal a “honestidade” da vítima, o que significou um avanço no sentido de dar proteção indistinta às mulheres. Entretanto manteve o estupro categoricamente inserido entre os “Crimes contra os costumes”, regulado no Título VI daquele dispositivo, sem romper, portanto, com o bem jurídico que vinha sendo objeto de tutela penal desde as ordenações reais.

Ressalte-se ainda que a figura da “mulher honesta”, embora não mais pertencesse ao tipo penal do estupro, permanecia regulada no mesmo título nos delitos de “posse sexual mediante fraude”<sup>35</sup>, “atentado violento ao pudor mediante fraude”<sup>36</sup> e “raptio violento mediante fraude”<sup>37</sup>, revelando que o sistema legal persistia realizando um controle sobre o comportamento sexual feminino, como se depreende do próprio conceito deste elemento, assim definido por Nelson Hungria, presidente da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Penal<sup>38</sup>:

---

ou do juiz dos orphãos, nos casos em que lhe compete dar ou supprir o consentimento, ou a apazimento da offendida, si for maior. BRASIL. 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Decreto nº847 de 11 de outubro de 1890. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm)

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> BRASIL. 1940. Código Penal Brasileiro. Decreto-lei nº2848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2017.

<sup>35</sup> Art. 215 - Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude:

<sup>36</sup> Art. 216 - Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

<sup>37</sup> Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fins libidinosos.

<sup>38</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v.VIII, 5.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.139

[...] *mulher honesta*, e como tal se entende, não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, se não também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigida pelos *bons costumes*. Só deixa de ser honesta (sob o prisma jurídico-penal) a mulher francamente desregrada, aquela que inescrupulosamente, *multorum libidini patet*, ainda não tenha descido à condição de autêntica prostituta.

O novo estatuto conservou, das legislações anteriores, a extinção da punibilidade pelo casamento da vítima com o autor do crime, previsto originalmente no art. 108, inciso VIII do referenciado diploma, alterado para o art. 107, inciso VII pela lei 7.209 de 1984.<sup>39</sup>

Em 2005, com o objetivo de “[...] afastar a discriminação de gênero, dando novos contornos jurídicos igualitários em relação à mulher [...]”<sup>40</sup> foi editada a Lei 11.106, responsável pelas primeiras reformas significativas em relação aos crimes contra os costumes.

Na justificção do então Projeto de Lei nº 117/2003, ao se referir ao código penal de 1940, a Deputada Iara Bernardi aduzia que “[...] contempla anacronismos, estereótipos, preconceitos, discriminação, logo, inconstitucionalidades em relação às mulheres”, trazendo como principal exemplo os dispositivos que tratavam da “mulher honesta”<sup>41</sup>.

A referenciada lei proporcionou o expurgo da vetusta expressão, remanescente em alguns tipos penais, bem como a revogação da supracitada causa de extinção da punibilidade pelo casamento da vítima com o autor do crime. Desse modo, houve a alteração da tipicidade dos crimes de posse sexual mediante fraude (art. 215 do Código Penal) e atentado violento ao pudor mediante fraude (art. 216 do Código Penal), os quais tiveram substituídas a expressão “mulher honesta”, por “mulher”<sup>42</sup>, e “alguém”<sup>43</sup> respectivamente, bem como a revogação do rapto violento mediante fraude (art. 219 do Código Penal).

<sup>39</sup> BRASIL, op. cit.

<sup>40</sup> GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2. ed. São Paulo. Atlas. 2010. p.147.

<sup>41</sup> Proposição apresentada na sessão do dia 19/fev/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104744>>.br/ Acesso em: 02 jun. 2017.

<sup>42</sup> Redação original: “Art. 215 - Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude.”; Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005: “Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude”. BRASIL. 1940. Código Penal Brasileiro. Decreto-lei nº2848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 03 jun. 2017.

<sup>43</sup> Redação original: “Art. 216 - Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.”; Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005: “Art. 216. Induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal”. BRASIL. 1940. Código Penal Brasileiro. Decreto-lei nº2848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2017.

Os avanços no reconhecimento de direitos sexuais em âmbito internacional, a ação de grupos da sociedade civil organizada, e de forma especial os movimentos feministas e de proteção a crianças e adolescentes, em consonância com a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento na República brasileira, insculpido no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, passaram a formar as bases de um movimento de crítica ao Sistema Penal, que exigia o reconhecimento das mudanças nas dinâmicas sexuais, sobretudo em relação à maior liberdade das mulheres e o conseqüente descompasso da legislação no tocante aos crimes sexuais, ainda atrelados à anacrônica salvaguarda de “bons costumes” e de “padrões da moral social”<sup>44</sup>, que por sua vez sempre tutelou a honra masculina.

Nesse intuito, visando promover alterações na parte especial do Código Penal, relacionadas aos crimes dessa natureza, foi apresentado ao Senado Federal o Projeto de Lei nº 253/2004, sob a seguinte justificativa:

Sobre a legislação penal reinante pairam concepções características de época do exercício autoritário de poder – a primeira metade dos anos 40 – e de padrão insuficiente de repressão aos crimes sexuais, seja por estigmas sociais, seja pelos valores preconceituosos atribuídos ao objeto e às finalidades da proteção pretendida. Trata-se de reivindicação antiga dos grupos e entidades que lidam com a temática, sob o argumento de que a norma penal, além de desatualizada quanto a termos e enfoques, não atende a situações reais de violação da liberdade sexual do indivíduo e do desenvolvimento de sua sexualidade [...]<sup>45</sup>

A senadora Patrícia Saboya, ao dar encaminhamento à votação do então projeto de lei no Senado, afirmou:

O que votaremos agora são alterações ao Código Penal, um código antigo, construído em 1940. Naquela época, a mentalidade do legislador estava voltada para tutelar a moral sexual. O Brasil de hoje exige, entretanto, que as normas sejam direcionadas para a proteção da integridade física e psíquica das pessoas e do direito ao exercício de sua sexualidade de maneira saudável e plena. Foi para acompanhar a evolução da sociedade nos últimos 60 anos que a CPMI resolveu propor todas essas mudanças.<sup>46</sup>

Em 7 de agosto de 2009 entrou em vigor a Lei 12.015, dando início a uma série de “atualizações” na regulamentação dos crimes sexuais, sendo a primeira delas a alteração da nomenclatura do Título VI da Parte Especial do Código Penal, anteriormente designado “Dos crimes contra os costumes”. O

---

<sup>44</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>45</sup> Diário do Senado Federal nº 12, publicado em 02/mar/2005, p. 03659

<sup>46</sup> Ibid.

novo “*nomen iuris*”, “Dos crimes contra a dignidade sexual” teve por objetivo simbolizar a ruptura com a tutela penal da moral, isto é, dos comportamentos culturalmente mais adequados segundo uma pretensa moralidade coletiva, passando a um compromisso explícito com a defesa da dignidade da pessoa humana, da qual a dignidade sexual dos indivíduos é parte integrante.

A doutrina, majoritariamente, festejou como um avanço tal alteração, já há muito necessária para eliminar os anacronismos arraigados na legislação penal, que pretendia, segundo comenta Greco, em pleno século XXI, determinar os padrões do comportamento sexual dos indivíduos.<sup>47</sup>

O autor destaca ainda, que a nomenclatura atribuída aos títulos do Código Penal, servem como parâmetro de análise de cada figura típica a ele relacionado, em face da interpretação sistêmica e teleológica, orientando assim aplicação das normas jurídicas. Assim, teria andado bem o legislador, ao utilizar a expressão “dignidade sexual”, pois em seu amplo conteúdo semântico é possível identificar outros bens jurídicos como a liberdade sexual, a intimidade sexual e o desenvolvimento sexual do indivíduo<sup>48</sup>.

Nesse sentido comenta Nucci<sup>49</sup>

[...] a alteração do Título VI foi positiva, passando a constar “Dos crimes contra a dignidade sexual”. *Dignidade* fornece a noção de decência, compostura, respeitabilidade, enfim, algo vinculado à honra. A sua associação ao termo *sexual* insere-a no contexto dos atos tendentes à satisfação da sensualidade ou da volúpia. Considerando-se o direito à intimidade, à vida privada e à honra, constitucionalmente assegurados (art. 5º, X, CF), além do que a atividade sexual é, não somente um prazer material, mas uma necessidade fisiológica para muitos, possui pertinência a tutela penal da dignidade sexual. Em outros termos, busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e a opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência.

Tecendo uma crítica à utilização dessa rubrica, Franco<sup>50</sup> argumenta que:

[...]em matéria de sexualidade enquanto componente inafastável do ser humano, não se cuida do sexo digno ou indigno, mas tão-somente de sexo realizado com liberdade ou sexo posto em prática mediante violação ou coação, ou seja, com um nível maior ou menor de ofensa à autodeterminação sexual do parceiro. Destarte, toda lesão à

<sup>47</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. v. 3. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

<sup>48</sup> GRECO, op. cit. p. 63.

<sup>49</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. Comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 14.

<sup>50</sup> FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**, v. 2: parte especial. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 3059.

liberdade sexual da pessoa humana encontra seu núcleo na falta de consensualidade. Fora daí não há conduta sexual que deva ser objeto de consideração na área penal.

Desse modo, a “dignidade sexual” como bem jurídico tutelado nos crimes sexuais careceria de precisão, uma vez que a subjetividade própria do campo da sexualidade humana torna extremamente complexo definir e mensurar as condutas que violariam a dignidade de cada pessoa<sup>51</sup>.

Em resumo, o objetivo da nova designação do Título VI foi deslocar a tutela penal da salvaguarda dos bons costumes e do pudor coletivo, para uma perspectiva de proteção de direitos individuais na seara da liberdade e da autodeterminação sexual, a fim de que o Direito Penal deixe de se ocupar com condutas que atentem apenas contra valores morais, como esclarece Raposo:

As crenças e os valores morais evoluem tão rapidamente que não fornecem sustentáculo seguro à criminalização de qualquer conduta, muito menos de cariz sexual. Comportamentos considerados aberrantes no passado – homossexualidade, bissexualidade – tornaram-se paulatinamente mais aceites. Valores como a honestidade, o pudor, os bons costumes, poderão ter a sua valência noutros horizontes dogmáticos, mas não no jurídico, mormente no criminal.<sup>52</sup>

No que diz respeito à tipificação do crime de estupro, a nova redação dada pela lei 12.015/2009 tornou o estupro a conduta que consiste em “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”<sup>53</sup>. A nova redação foi motivo de grande controvérsia, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Observa-se inicialmente uma “neutralização de gênero” promovida nos pólos ativo e passivo do tipo penal, isto é, a possibilidade de que homens e mulheres figurem indistintamente nas posições de autor e vítima do crime, o que não era possível na redação anterior, que identificava o estupro como um ato necessariamente praticado por homens contra mulheres.

Essa questão específica não despertou maiores comentários por parte da tradicional doutrina jurídica brasileira, que se limitou a destacar a observância

---

<sup>51</sup> BUENO, Maria. **Feminismo e Direito Penal. Dissertação.** Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011. p. 149.

<sup>52</sup> RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. **O poder de Eva.** O princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos: problemas suscitados pela discriminação positiva. Coimbra: Almedina, 2004. p.960.

<sup>53</sup> Art. 213 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez)anos.” BRASIL. 1940. **Código Penal Brasileiro.** Decreto-lei nº2848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2017.



conferida pelo dispositivo legal ao princípio constitucional da igualdade, dispensando à ofensa à dignidade sexual de mulheres e homens a mesma valoração.<sup>54</sup>

Entretanto, teóricas do Direito Penal vêm criticando essa “asepsia da realidade”, que na prática omite a natureza do estupro como um crime de gênero, isto é, que omite incontestabilidade das mulheres como suas vítimas preferenciais em razão de uma estrutura de desigualdade histórica que se acumula e se perpetua, gerando impunidade e revitalização.

Nesse sentido, Beleza comenta que o estupro, mais do que qualquer outro crime, é um símbolo do domínio do homem sobre a mulher. Para a autora, a violência sexual integra a experiência fenomenológica feminina, pois o medo cerceia constantemente sua liberdade de movimento e sua liberdade sexual, o que obviamente não ocorre na vida masculina, justificando-se a diferenciação dispensada às mulheres no tratamento do estupro, o que entretanto “escapa nas habituais discussões (entre homens) dos Projetos de Códigos Penais”<sup>55</sup>.

MacKinnon também faz críticas à neutralização promovida pela lei, por omitir o aspecto sexista do estupro, silenciando acerca da necessidade de equilibrar as relações sociais de subordinação feminina, que produzem as mulheres como o objeto violável por excelência:

[...] As mulheres não têm privacidade para perder ou garantir. Não somos invioláveis. Nossa sexualidade, ou seja, nossa identidade de gênero, não só é violável, é (daí nós somos) a nossa violação. A privacidade é tudo que as mulheres, como mulheres, nunca foram autorizadas a ser ou a ter; Ao mesmo tempo, o privado é tudo o que as mulheres foram equiparadas e definidas em termos de capacidade masculina de ter.<sup>56</sup>

Outra modificação foi o acréscimo de elementos objetivos à descrição típica do estupro. Originalmente o delito consistia no constrangimento da vítima para a prática de “conjunção carnal”, que nas palavras de Nelson Hungria,

---

<sup>54</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. et al. **Crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009** (arts. 213 e 217-A do CP). Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 902, p. 395-422, 2010. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, volume III, 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. BITENCOURT, op. cit.

<sup>55</sup> BELEZA, Maria Teresa Couceiro Pizarro. **Mulheres, direito, crime ou a perplexidade de Cassandra**. Lisboa: AAFDL, 1993, p. 538.

<sup>56</sup> “[...] women have no privacy to lose or to guarantee. We are not inviolable. Our sexuality, meaning gender identity, is not only violable, it is (hence we are) our violation. Privacy is everything women as women have never been allowed to be or to have; at the same time the private is everything women have been equated with and defined in terms of men’s ability to have.” MACKINNON, Catharine A. *Feminism, Marxism, Method, and the State: toward feminist jurisprudence*. Signs: journal of women in culture and society. Chicago, p. 635-658, Summer of 1983. P.656 Disponível em: <<http://www.feministes-radicales.org/wp-content/uploads/2012/03/Catharine-MacKinnon-Feminism-Marxism-Method-and-the-State-toward-feminist-jurisprudence-Copie.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

corresponde à “[...] cópula *secundum naturam*, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal”<sup>57</sup>.

A prática de outros atos libidinosos diversos da cópula vaginal, que não lhe fossem considerados uma progressão, configuravam um delito autônomo, o “atentado violento ao pudor”, tipificado no art. 214 do Código Penal, originalmente com uma pena inferior à do estupro: Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão de dois a sete anos.<sup>58</sup>

Embora de mesma natureza, justificava-se a diferença na quantidade das penas em abstrato previstas nesses crimes, em razão da possibilidade de o estupro resultar em gravidez e ainda em conseqüente aborto, o que lhe renderia uma maior reprovabilidade penal:

O valor social do homem é muito menos prejudicado pela violência carnal do que a mulher, de modo que, em princípio, não se justifica, para o tratamento penal, a equiparação dos dois casos. Quando tal violência contra a mulher resulta na cópula vaginica, e ainda que não se trate de *virgo intacta*, pode acarretar o engravidamento, conseqüência tão grave, no caso, que a lei autoriza a prática do abôrto (Código Penal, art. 128, n° II), embora este represente um sério perigo à saúde, quando não à vida da paciente. Pode ser menos vexatória ou repugnante à violentada a cópula normal do que a anormal, mas as conseqüências lesivas daquela podem superar, em gravidade, as desta.<sup>59</sup>

Infere-se de tais argumentos que a violação sexual do corpo da mulher por muito tempo não foi valorada da mesma forma. A maior repressão da conjunção carnal prevista na legislação, ratificava a noção de que a tradicional função reprodutiva da sexualidade feminina constituía o seu aspecto mais importante, devendo conseqüentemente ser o mais protegido.

Somente a partir da década de 90 a legislação passou a reconhecer, que do ponto de vista da vítima, qualquer violação sexual representava o mesmo grau de ofensa à liberdade dos indivíduos, promovendo a majoração e a equiparação das penas previstas nos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor.

Ocorre que a partir da Lei 12.015/2009 os delitos supracitados foram reunidos em um mesmo tipo penal sob a nomenclatura de “estupro”, que assim passou a alcançar, além do coito vaginico, outras ações autônomas de natureza libidinosa, isto é “[...] ato voluptuoso, lascivo, que tem por finalidade satisfazer

<sup>57</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**, v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.107.

<sup>58</sup> O art. 214 do Código penal foi posteriormente revogado pela lei 12.015/2009. Código Penal Brasileiro. Decreto-lei n°2848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 06 mai. 2016.

<sup>59</sup> Ibid. p.117.

o prazer sexual” tais como o coito anal, oral, toque em partes íntimas, masturbação, o uso de instrumentos ou dos dedos para penetração e etc.<sup>60</sup>

Antes da mudança, o sujeito que praticasse, mediante violência ou grave ameaça contra a vítima, além da conjunção carnal, outros atos libidinosos como cópula anal ou felação, por exemplo, estaria cometendo duas infrações penais: estupro e atentado violento ao pudor respectivamente, em concurso material<sup>61</sup>. Entretanto a atual reunião das condutas sob o mesmo tipo penal transformou-o num crime de ação múltipla, também chamado tipo penal misto alternativo, no qual a prática de mais de uma conduta no mesmo contexto fático resulta em uma única infração penal, como preleciona Greco<sup>62</sup>:

Hoje, após a referida modificação, nessa hipótese, a lei veio a beneficiar o agente, razão pela qual se, durante a prática violenta do ato sexual, o agente, além de penetração vaginal, vier a também fazer sexo anal com a vítima, os fatos deverão ser entendidos na mesma figura típica, devendo ser entendida a infração penal como de ação múltipla (tipo misto alternativo), aplicando-se somente a pena cominada no art. 213 do Código Penal, por uma única vez, afastando, dessa forma, o concurso de crimes.

Nesse mesmo sentido, comenta Nucci<sup>63</sup>:

Se o agente constranger a vítima com ele a manter conjunção carnal e cópula anal comete um único delito de estupro, pois a figura típica passa a ser mista alternativa. Somente se cuidará de crime continuado se o agente cometer, novamente, em outro cenário, ainda que contra a mesma vítima, outro estupro. Naturalmente, deve o juiz ponderar, na fixação da pena, o número de atos sexuais violentos cometidos pelo agente contra vítima. No caso supramencionado merece pena superior ao mínimo aquele que obriga a pessoa ofendida a manter conjunção carnal e cópula anal.

Uma corrente minoritária formada por juristas como Mirabete<sup>64</sup>, em oposição a este entendimento, defendia que a nova redação tornava o art. 213 do Código

<sup>60</sup> NUCCI, Guilherme. **Código penal comentado: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 218

<sup>61</sup> Art. 69, *caput*. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. BRASIL. 1940. Código Penal Brasileiro. Decreto-lei nº 2848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 03 jun. 2017.

<sup>62</sup> GRECO, op. cit., p.483.

<sup>63</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. Comentários à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 18-19.

<sup>64</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**, v. 2: parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP/ Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. 27. ed. rev. e atual. até 5 de janeiro de 2010 – São Paulo: Atlas, 2010.

Penal um tipo penal misto cumulativo, de modo que a realização de conjunção carnal e de outros atos libidinosos deveria ser punida como condutas distintas.

A lei 12015/09 é considerada pelo próprio Supremo Tribunal Federal uma lei penal mais benéfica, proporcionando a sua aplicação retroativa, isto é, indivíduos condenados pelo concurso material e estupro e atentado violento ao pudor tiveram suas penas reduzidas:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ESTUPRO. CONCURSO MATERIAL. SUPERVENIÊNCIA DE LEI MAIS BENIGNA. EFICÁCIA RETROATIVA DA NORMA PENAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO. APLICAÇÃO DA LEI MAIS FAVORÁVEL AO SENTENCIADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. I – Habeas corpus impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu do agravo em recurso especial, sem adentrar no mérito da controvérsia relacionada à aplicação retroativa da Lei 12.015/2009. Não conhecimento do writ. II – Paciente condenado pelas práticas dos crimes de atentado violento ao pudor e estupro, em concurso material. Superveniência da Lei 12.015/2009, por meio da qual houve unificação das condutas. III – Eficácia retroativa de norma penal mais favorável ao sentenciado, ex vi do disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal. IV – Compete ao Juízo da Vara de Execuções Criminais a aplicação da novel legislação que, de qualquer modo, apresentar-se mais favorável àqueles que foram condenados com base na legislação revogada. Incidência da Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal. V – Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para determinar ao Juízo da Vara de Execuções Criminais o exame da questão à luz da Lei 12.015/2009, que deve retroagir por se tratar de lei penal mais benéfica, nos termos do voto do relator.<sup>65</sup>

Verifica-se que embora a ação legislativa tenha tido por escopo reforçar a proteção do bem jurídico “dignidade sexual”, seu efeito prático foi o inverso, pois a técnica legislativa utilizada afastou a possibilidade da aplicação do concurso material, punindo com menos rigor aquele que viola maior fração de direito da vítima.

### **3. DESIGUALDADE DE GÊNERO E PRÁTICA PENAL: A SELETIVIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA NA APLICAÇÃO DA NORMA**

Segundo Andrade o Sistema de Justiça Penal é um mecanismo de controle formal androcêntrico, porque a criminalidade é tomada como um fenômeno

<sup>65</sup> [HC 116904 / SP - São Paulo](#), Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, 2ª Turma, julgado em **17/09/2013**. Disponível em: <content/uploads/2016/09/FBSP\_Datafolha\_percepaoviolenciasexual\_set2016.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2017.

essencialmente masculino, tanto em relação às condutas (criminalização primária) quanto ao “público alvo” (criminalização secundária), e só residualmente voltado para as mulheres. Isto se deve ao lugar culturalmente ocupado pelos homens nas relações sociais e a atribuição de papéis masculinos ligados à esfera pública da produção material.

Nesse cenário, o processo de criminalização vai integrar o controle informal do mercado e o controle formal do Sistema de Justiça Penal, para selecionar os indivíduos que tenham ficado à margem da economia e do poder de consumo, conforme se depreende da análise da população carcerária brasileira, composta em sua esmagadora maioria por pessoas com déficit de instrução, toxicodependentes e possuidores de subempregos.<sup>66</sup>

De acordo com a autora, a criminalidade feminina é uma presença rara, porém “incômoda”, à qual comumente são atribuídos “estados alterados” para justificar o comportamento desviante. A delinquência das mulheres tende a ser vista como algo especial dentro do fenômeno da criminalidade, salvo quando estas passam a assumir papéis tradicionalmente masculinos na esfera pública, tornando-se mais suscetíveis de serem alcançadas pelo sistema.

Desse modo, na contemporaneidade, o controle informal é o mecanismo de maior incidência sobre o comportamento das mulheres, tendo na violência, sobretudo no âmbito das relações íntimas, um dos seus mais comuns vetores de atuação, uma espécie de pena privada, equivalente à pena pública para os homens.

Nesse cenário, fica claro que a passagem das mulheres pelo Sistema de Justiça Criminal se dá menos na condição de autoras do que na condição de vítimas, sendo então principalmente nessas hipóteses que o Sistema atuará como mecanismo integrativo do controle informal, cuja atuação, como já vimos, recai de maneira bastante incisiva sobre a sexualidade feminina, impondo-lhe uma polarização entre a “sacralidade” da “mulher honesta”, recatada e pura, e a menos valia da mulher que não guarda tais atributos.

E é justamente nos crimes sexuais que tal distinção se torna mais evidente. Andrade afirma que o sistema reproduz essa lógica dual construída sobre a sexualidade feminina, transformando-a em uma sub-lógica da seletividade, que se operacionaliza quando as vítimas são mulheres:

Aqui o sistema criminal segue, talvez com mais contundência que em qualquer outra, a lógica da seletividade, acendendo seus holofotes sobre as pessoas (autor e vítima) envolvidas, antes que sobre o fato-crime cometido, de acordo com estereótipos de violentadores e vítimas [...]. O diferencial é que há uma outra lógica específica acionada para a criminalização das condutas sexuais – a que denomino “lógica da honestidade” – que pode ser vista como uma sublógica da seletividade na medida em que se estabelece uma grande linha divisória entre as mulheres consideradas honestas (do ponto de vista da moral sexual

<sup>66</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 48, p. 260-90, maio/jun. 2004.

dominante), que podem ser consideradas vítimas pelo sistema, e as mulheres desonestas (das quais a prostituta é o modelo radicalizado), que o sistema abandona na medida em que não se adequam aos padrões de moralidade sexual impostos <sup>67</sup>

Sendo assim, nos crimes de natureza sexual, a análise do delito e suas circunstâncias importa menos do que a análise das condições pessoais das partes envolvidas, de modo que a “reputação” representa para as mulheres um fator decisivo para que lhes seja atribuída ou não a condição de vítima, do mesmo modo que o *status* social concorre para a criminalização dos autores.<sup>68</sup>

Observe-se que o crime de estupro possui características que tornam sua comprovação extremamente complexa quando não é praticado mediante violência física. Isto porque, nesses casos, o exame de corpo de delito realizado nas instituições médico-legais pode apenas confirmar ter havido ou não relações sexuais recentes (caso tenha sido feito horas depois do fato), bem como a existência de espermatozoides no corpo da vítima. Entretanto, nada se pode inferir acerca da autoria ou do consentimento da vítima na prática sexual quando é cometido mediante grave ameaça ou violência psicológica, por exemplo, ou ainda em sua forma tentada. Do mesmo modo, por ser um crime que ocorre normalmente em ambientes fechados e privativos, raramente é presenciado por alguma testemunha.

Sendo assim, a palavra da vítima torna-se o único indício de não ter havido consento na relação sexual, tornando-se ela mesma a única testemunha de sua própria violação, o que a faz reviver toda a angústia da experiência traumática a cada nova narrativa que é prestada a delegados, peritos, advogados e juízes.

Segundo Vilhena, relatos apontam que o processo penal pode ser mais traumático que o próprio crime e, por esta razão, durante suas oitivas, é comum que as vítimas defensivamente respondam de modo evasivo, o que de forma igualmente comum é percebido como relutância, indicativo de que ela tenha concorrido para o crime, travando com o autor uma espécie de jogo de sedução.<sup>69</sup>

Nesse cenário, a maioria dos inquéritos policiais é arquivada por ausência de indícios suficientes de autoria e/ou materialidade, e a dinâmica dos processos judiciais se resume à contraposição das declarações de vítimas e acusados.

É nesse momento que a análise da vida pregressa dos envolvidos toma importância fundamental, sobretudo para a vítima, uma vez que *status* moral funciona como um “garantidor” da versão por ela apresentada, algo que dá ou

---

<sup>67</sup> Id. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Revista de Direito Público. n.17, Jul-Ago-Set/2007.p.90.

<sup>68</sup> LARRAURI, Elena. Control formal y el Derecho Penal de las mujeres. In: LARRAURI, Elena (Comp.) Mujeres, Derecho Penal y Criminología. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994. p.93-108.

<sup>69</sup> VILHENA, J. **As raízes do silêncio. Sobre o estupro feminino.** Cadernos do Tempo Psicanalítico, n. 33. Rio de Janeiro: SPID, 2001, p 55-69.

não “credibilidade” às provas incipientes. Esse fenômeno é apresentado por Goffman como a “manipulação do estigma”:

A manipulação do estigma é uma ramificação de algo básico na sociedade, ou seja, a estereotipia ou o “perfil” de nossas expectativas normativas em relação à conduta e ao caráter; a estereotipia está classicamente [...] em categorias muito amplas e que podem ser estranhas para nós. [...] A área de manipulação do estigma, então, pode ser considerada como algo que pertence fundamentalmente à vida pública, ao contato entre estranhos ou simples conhecidos.<sup>70</sup>

Sendo a função de todo mecanismo de controle social reproduzir as estruturas simbólicas do *status quo*, garantindo a sua manutenção, o Sistema de Justiça Penal não foge à regra, e ao manipular os estigmas de autores e vítimas, perpetua os lugares sociais do feminino e do masculino, justificando e legitimando a assimetria de gênero.<sup>71</sup>

Renova-se a inscrição cultural da sexualidade como algo que marca o corpo feminino com o signo da pureza ou da impureza, de acordo com os padrões da moralidade social e, o estupro, como o ato revelador de sua obediência ou desvio.

A inversão dos papéis e do ônus da prova torna-se bastante evidente, uma vez que a conduta feminina passa a ser objeto de análise e julgamento. É a mulher que deve provar que corresponde a todos os padrões no campo da moral sexual para que possa ser considerada uma vítima de estupro, como explica Machado<sup>72</sup>: “Apesar da consideração legal que o estupro é hediondo, porque contra a pessoa, continua vigente, no meio judiciário, a ideia moral de que estupro é o que se faz contra as mulheres honradas, exemplarmente, as “moças virgens”, e não contra as mulheres que não podem comprovar sua honra”.

É o que Andrade chama de “hermenêutica da suspeita”: sempre que o Sistema de Justiça, durante o inquérito ou o processo penal, vasculha sua moralidade, sua residência, suas relações pessoais ou seus hábitos, na tentativa de atribuir ou retirar a credibilidade de suas palavras.<sup>73</sup>

Verifica-se, pois, que na prática, o objeto de proteção do Sistema de Justiça Penal no crime de estupro, não é o livre exercício da sexualidade, tutela que seria dirigida de forma igualitária a todas as pessoas. Trata-se da proteção da sexualidade “honesta”, com vistas a garantir um “modelo” de moralidade

<sup>70</sup> GOFFMAN, E. **Estigma**. Rio de Janeiro, Zahar, 1975.p.46-47.

<sup>71</sup> COULORIS, Daniella G. **Violência, gênero e impunidade: A verdade nos casos de estupro**. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual Paulista, 2004.

<sup>72</sup> MACHADO, L. Z. **Sexo, estupro e purificação**. Série Antropologia, n. 286. Brasília: UnB, 2000. p. 11 Disponível em: <<http://www.unb.br/ics/dan/Serie286empdf.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

<sup>73</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimização feminina?** Disponível em: <<http://www.direitoejustica.com/criminologia/index5.html>>. Acesso em: 29jul. 2016.

pública, assegurando em última instância a regulação do comportamento feminino e a unidade e a estabilidade patrimonial familiar.

Às mulheres que obedecem aos modelos socialmente esperados, garante-se respeito, credibilidade e proteção jurídica na condição de vítimas. O não convencimento de que pertence a tal “casta”, reforça o processo de naturalização do estupro, porque responsabiliza a mulher pelo que lhe aconteceu, como se a violação sexual fosse um desdobramento lógico de seu comportamento desviado

[...] num nível crescente de argumentação que inclui ela ter “consentido”, “gostado” ou “tido prazer”, “provocado”, forjado o estupro ou “estuprado” o pretenso estuprador. Especialmente se o autor não corresponder ao estereótipo de estuprador. Pois, correspondê-lo, é condição fundamental para a condenação.”<sup>74</sup>

Observa-se assim que paralelamente à sub-lógica da honestidade, que seleciona as mulheres entre vítimas e não vítimas (de moral questionável, sem credibilidade, provocadoras), também se verifica a seleção dos autores, e o embate entre qual dos indivíduos envolvidos no processo melhor corresponde aos “modelos ideais” de estuprador e de vítima.

Isto porque, mesmo nos modelos contemporâneos de sexualidade, a figura masculina ainda é fortemente associada à iniciativa da prática sexual e ao “poder/direito” de transformar o “não” em “sim”, enquanto a figura feminina permanece reificada, representando o objeto a ser consumido, cuja esquivia é apenas um modo de se oferecer.

Tal compreensão equivocada leva à falsa noção de que nem toda relação sexual não consentida seja percebida como uma agressão e, por tal razão, homens que praticam tais atos, muitas vezes, não são reconhecidos como “estupradores”. A atribuição desse estigma seria condizente com indivíduos moralmente depravados, portadores de anomalias sexuais e não com o sujeito comum (o pai de família, o trabalhador).

É mais fácil etiquetar como estupro a conduta cometida por um estranho na rua que a realizada pelo chefe ou pelo marido, cuja possibilidade está, em algumas legislações ou jurisprudências, explicitamente excluída. Ora, os familiares (maridos, padrastos, primos), colegas e amigos, não correspondem, em absoluto, ao estereótipo de estupradores. Por outro lado, nada é tão forte dentro do estereótipo de criminoso quanto o subestereótipo de estuprador.<sup>75</sup>

É desse modo que o imaginário social do estupro se reflete no Sistema de Justiça Penal, turvando a percepção de que autores e vítimas possam estar

<sup>74</sup> Id. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher**. Revista de Direito Público. n.17, Jul-Ago-Set/2007.p.94.

<sup>75</sup> Id. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 48, p. 260-90, maio/jun. 2004. P.97



fora dos estereótipos produzidos pelo senso comum: de um lado indivíduos “anormais”, pertencentes aos mais baixos estratos sociais, agindo em locais ermos e perigosos, e de outro mulheres frágeis, de moral irrefutável, cumpridoras de suas funções sociais de boas esposas, filhas e mães, fazendo cair por terra o “mito da neutralidade” do Sistema de Justiça Penal.

Quanto mais incipiente o acervo probatório material, mais importantes tornam-se os arquétipos de autor e vítima. Casos em que estas apresentem comportamento social adequado e aqueles, conduta repreensível, tendem a convergir em condenação. Entretanto, quando os envolvidos se afastam desses padrões, a investigação de suas características pessoais torna-se ainda mais importante, sobretudo quando o autor não corresponde em qualquer medida ao perfil do “sociopata” que se espera seja um estuprador.

Nessas hipóteses, tanto o senso comum, quanto o de juristas, quando desprovidos de um instrumental analítico crítico acerca das questões que envolvem o gênero e seus atravessamentos de classe, raciais e étnicos, tendem a buscar na vítima o comportamento ou as características que justifiquem o ato.<sup>76</sup>

Os agentes do Sistema de Justiça Penal autorizados a falar no processo promovem o deslocamento da análise dos fatos para a das pessoas envolvidas, num jogo argumentativo que visa a “qualificar/desqualificar” as partes, caso em que se marca uma distinção entre o que é relevante para garantir credibilidade aos indivíduos de acordo com o gênero: enquanto a valoração masculina se dá por sua relação com o trabalho, a feminina permeia o campo da moral sexual.<sup>77</sup>

Desta forma, verifica-se que a resposta penal dada nos casos de estupro pelo Sistema de Justiça Penal, está menos alicerçada na técnica e no ordenamento jurídico, do que nos aspectos culturais socialmente incrustados em seus operadores, os quais compõem um “*second code*”, como ensina Andrade<sup>78</sup>

[...] a regularidade [...] das decisões judiciais seletivas, é explicada pela influência de um código social (*second code*) latente, integrado por mecanismos de seleção, dentre os quais têm se destacado: a importância central dos estereótipos de criminosos e vítimas, associados às teorias de todos os dias (*every day theories*) dos quais são portadores os juízes e a opinião pública, além de processos derivados da estrutura organizacional e comunicativa do sistema penal que reenviam ao status social do processado em detrimento do instrumental dogmático construído para a imputação da responsabilidade penal e administradas através da técnica jurídico-penal que deveria reenviar à sua conduta.

---

<sup>76</sup> COULORIS, op. cit.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Flagrante a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica: que garantismo é possível do compasso criminológico-penalismo crítico?** In: Revista Sequência, n° 59, p. 161-192, dez. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v-30n59p161/13594>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

Convertido em controle formal por intermédio das decisões judiciais, esse código social não só ratifica o *status quo*, como passa produzir sujeitos no mundo, notadamente a partir dos arquétipos de mulheres aptas e inaptas à tutela judicial, disciplinando o comportamento feminino, sobretudo no aspecto da liberdade sexual. Isto porque, como ensina Pandjarian

[...] a produção de texto no interior do procedimento judicial confunde-se com o próprio direito. Além disso, tal produção inspira e legitima práticas que se estendem a toda a sociedade, pois essas decisões, que têm peso de lei para o caso específico, passam a ser condicionantes de outras práticas sociais. [...] A relevância de uma decisão judicial é o seu duplo grau de legitimação, seja em relação ao dispositivo que irá utilizar, seja em relação à lei que cria quanto ao fato em análise. O judiciário, assim, ao “explicar” as leis, constrói relações sociais.<sup>79</sup>

Tal regulação social prescinde de motivação fática e jurídica, permanecendo invisível e inalcançável pelo controle público, sub-repticiamente imbricada na prática argumentativa judicial, de modo a disfarçar valorações de cunho pessoal e argumentos de natureza eminentemente moralista.<sup>80</sup>

Embora se admita que não é possível uma cisão que garanta a absoluta neutralidade dos operadores da norma jurídica, faz-se necessário tratar da subjetividade da decisão judicial e desvelar a reprodução das assimetrias sociais, a fim de que se possa pensar em mecanismos eficazes para combatê-la.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema de Justiça Penal integra uma rede de controle social, da qual participam diversas instituições formais e informais, responsáveis por construções simbólicas que agem diretamente sobre a ordem e a organização da sociedade, produzindo e reproduzindo valores, visões de mundo e subjetividades, estabelecendo performances, atribuindo-lhes papéis e espaços sociais

A partir de uma perspectiva de gênero, pode-se observar que a atuação desse Sistema, no que diz respeito à necessidade de ruptura com as condições de desigualdade enfrentadas nas relações entre homens e mulheres, tem se mostrado oposta ao objetivo pretendido, uma vez que promove a continuidade dessas assimetrias, tanto pela produção dos tipos penais, quanto na prática jurisdicional.

Observou-se como a legislação, notadamente no que diz respeito à tutela penal da sexualidade, serviu como instrumento de repressão da liberdade

<sup>79</sup> PANDJIARJIAN, Valéria. Os estereótipos de gênero nos processos judiciais e a violência contra a mulher na Legislação. In: **Advocacia probono em defesa da mulher vítima de violência**. São Paulo: Unicamp; Imprensa Oficial de São Paulo, 2002, p. 90-91. Disponível em: <[http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/59/459/file/estereotipos\\_Genero\\_Valeria\\_Pandjarian.doc](http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/59/459/file/estereotipos_Genero_Valeria_Pandjarian.doc)>. Acesso em: 21 mai. 2017.

<sup>80</sup> ANDRADE, op. cit.

feminina, resguardando os “bons costumes”, socialmente chancelados a partir de padrões androcêntricos, em detrimento da dignidade individual.

As produções simbólicas nesse campo, forjaram para as mulheres, construtos que as separavam em grupos, valorando-as de acordo com a sua obediência aos padrões de sexualidade impostos.

Da mesma forma, também a operacionalização do Sistema de Justiça Penal obedeceu a padrões de seletividade de gênero, transportando para o campo jurídico as desigualdades do campo social, a vigilância e o controle sobre o comportamento das mulheres, sobretudo no que diz respeito à moral sexual, constituindo-se num poderoso mecanismo de poder simbólico.

Isto porque a sentença judicial projeta-se para além dos envolvidos nos fatos, afirmando perante a sociedade os valores as diretrizes albergadas pelo Estado.

Sendo assim, à medida que as mulheres, quando vítimas de crimes sexuais, passam por uma “seleção” no campo jurisdicional, na qual os operadores da norma se voltam mais sobre a pessoa e o comportamento moral dos envolvidos do que sobre os fatos, verifica-se não apenas a revitimização, na qual elas também se tornam objeto de julgamento, mas a produção simbólica dos arquétipos que irão caracterizar os perfis de “vítima” e de “não vítimas”, reproduzindo, agora com a força do discurso estatal, os padrões de comportamento que mantêm as mulheres em condição de subjugação, sobretudo em relação ao exercício da liberdade sexual.

Por outro lado, o julgamento moral, e a conseqüente desproteção da mulher que foge a tais padrões, reafirma perante a sociedade a tolerância para com a violência de gênero, naturalizando diversas práticas que violam os direitos humanos das mulheres, notadamente as de cunho sexual, que passam a ser tomada como um desdobramento lógico do comportamento feminino desvirtuado.

Sendo assim, a construção de uma sociedade efetivamente igualitária, justa e democrática, passa necessariamente pelo enfrentamento da desigualdade de gênero, sobretudo na atuação das instituições de controle social, entre as quais está o Sistema de Justiça Penal, com suas normas e operadores, exigindo maior reflexão e crítica acerca das construções simbólicas que o atravessam, a fim de que se converta em um espaço público de ruptura de produção de paradigmas que convertem e naturalizam diferenças em desigualdades.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Suely Souza de. **Violência de Gênero e Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 48, p. 260-90, maio/jun. 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Flagrando a ambigüidade da dogmática penal com a lupa criminológica: que garantismo é possível do compasso cri-

minologia-penalismo crítico? In: Revista Sequência, nº 59, p. 161-192, dez. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n59p161/13594>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?** Disponível em: <<http://www.direitojustica.com/criminologia/index5.html>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

ARENDDT, Hannah. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e política penal alternativa**. Tradução por J. Sérgio Fragoso. Revista de Direito Penal, n.23. Rio de Janeiro, 21.jul./dez./1978.

BELEZA, Maria Teresa Couceiro Pizarro. **Mulheres, direito, crime ou a perplexidade de Cassandra**. Lisboa: AAFDL, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOURDIEU, P. **O poder simbólico**. 10 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BOURDIER, P. **A dominação masculina**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRASIL. 1830. **Código Criminal do Império do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2017.

BRASIL. 1890. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. Decreto nº847 de 11 de outubro de 1890.

BRASIL. 1940. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-lei nº2848 de 7 de dezembro de 1940.

BUENO, Maria. **Feminismo e Direito Penal**. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011..

COULORIS, Daniella G. **Violência, gênero e impunidade: A verdade nos casos de estupro**. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual Paulista, 2004.

DEL PRIORE, Mary. **Mulheres no Brasil Colonial**. Contexto. 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**, v. 2: parte especial. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 3059.

GOFFMAN, E. **Estigma**, Rio de Janeiro, Zahar, 1975.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**, 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2. ed. São Paulo. Atlas. 2010.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**, v.VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LARRAURI, Elena. **Control formal y elDerecho Penal de lasmujeres**. In: LARRA contexto. URI, Elena (Comp.) Mujeres, Derecho Penal y Criminologia. Madrid: SigloVeintiuno, 1994.

MACHADO, L. Z. **Sexo, estupro e purificação**. Série Antropologia, n. 286. Brasília: UnB, 2000. p. 11 Disponível em: <<http://www.unb.br/ics/dan/Serie286empdf.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

MACKINNON, Catharine A. **Feminism, Marxism, Method, and the State: toward feminist jurisprudence**. Signs: journal of women in culture and society. Chicago, p. 635-658, Summer of 1983. P.656 Disponível em: <<http://www.feministes-radicales.org/wp-content/uploads/2012/03/Catharine-MacKinnon-Feminism-Marxism-Method-and-the-State-toward-feminist-jurisprudence-Copie.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**, v. 2: parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP. 27. ed. rev. e atual. até 5 de janeiro de 2010 – São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. Comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza et al. **Crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009** (arts. 213 e 217-A do CP). Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 902, p. 395-422, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PANDJIARJIAN, Valéria. **Os estereótipos de gênero nos processos judiciais e a violência contra a mulher na Legislação**. In: Advocacia pro bono em defesa da mulher vítima de violência. São Paulo: Unicamp; Imprensa Oficial de São Paulo, 2002, p. 90-91. Disponível em: <[http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/59/459/file/estereotipos\\_Genero\\_Valeria\\_Pandjarian.doc](http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/59/459/file/estereotipos_Genero_Valeria_Pandjarian.doc)>. Acesso em: 21 mai. 2017.

PORTUGAL. **Quinto livro das Ordenações Philipinas**. p.1168. Disponível em: <[file:///C:/Users/Kenny/Downloads/000010186\\_05.pdf](file:///C:/Users/Kenny/Downloads/000010186_05.pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2017.

RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. O poder de Eva. O princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos: problemas suscitados pela discriminação positiva. Coimbra: Almedina, 2004.

ROCHA, Lourdes de Maria Leitão Nunes. **A atuação do poder judiciário face à questão da violência doméstica contra a mulher**. 1998.

74 f. Dissertação. (Mestrado em Políticas Públicas). Universidade Federal do Maranhão, Maranhão.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. e Almeida, Suely S. de. **Violência de gênero: poder e impotência**. Rio de Janeiro: REVINTER, 1995.

SAFFIOTI, Heleieth I. **Gênero, Patriarcado, Violência**. Editora Fundação Perseu Abramo. SP. 2011.

SAFFIOTI, Heleieth I. **Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero**. 2005. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332001000100007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332001000100007&script=sci_arttext). Acesso em 25/05/2017

VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX**. Tradução de: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

VILHENA, J. **As raízes do silêncio**. Sobre o estupro feminino. Cadernos do Tempo Psicanalítico, n. 33. Rio de Janeiro: SPID, 2001, p 55-69.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 6 ed. atual. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

# DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS COMPREENSÕES DE SEXO E GÊNERO: A TRANSEXUALIDADE COMO CASO EMBLEMÁTICO

5

*Roger Raupp Rios<sup>1</sup>*  
*Alice Hertzog Resadori<sup>2</sup>*

A construção política do sujeito procede vinculada a certos objetivos de legitimação e de exclusão, e essas operações políticas são efetivamente ocultas e naturalizadas por uma análise política que toma as estruturas jurídicas como o seu fundamento. O poder jurídico produz inevitavelmente o que alega meramente representar; consequentemente, a política tem de se preocupar com essa função atual do poder: jurídica e produtiva. Com efeito, a lei produz e depois oculta a noção de ‘sujeito perante a lei’, de modo a invocar essa formação discursiva como premissa básica natural que legitima, subseqüentemente, a própria hegemonia reguladora da lei (BUTLER, 2003, p. 9).

## INTRODUÇÃO

A discriminação por motivo de sexo é proibida no artigo 3º, IV<sup>3</sup>, da Constituição da República Federativa do Brasil. A identidade de gênero, por sua vez, é protegida constitucionalmente por meio do direito à liberdade (caput do art. 5º<sup>4</sup>), que garante o livre desenvolvimento da personalidade, da privacidade

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com pós-doutorado na Universidade de Paris II; Professor do Mestrado em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter); Desembargador Federal/TRF4; e-mail: roger.raupp.rios@gmail.com.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Mestra em Direito, com ênfase em Direitos Humanos, pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter), e-mail: ali.resadori@gmail.com.

<sup>3</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
[...]  
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.  
[...]

<sup>4</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade,

e da proteção às escolhas fundamentais dos indivíduos. Considerando a abertura destas normas constitucionais quanto à compreensão de sexo e gênero<sup>5</sup>, este artigo propõe um rápido inventário das compreensões correntes destes conceitos, perguntando-se sobre qual(is) desta(s) possibilita(m) a maior eficácia jurídica dos direitos fundamentais, levando-se em conta, especificamente os casos de pessoas transexuais.

De fato, pensar nas questões que permeiam a vida das e dos transexuais, como o nome a ser utilizado, o banheiro a ser escolhido<sup>6</sup>, a realização ou não de cirurgia de transgenitalização, a mudança do prenome e do sexo no registro civil, entre outras, requer uma reflexão acerca dos conceitos de sexo e gênero, que perpassam a compreensão do que é ser transexual. Estes elementos podem ser conceituados de diversas formas (primeira parte) e, de acordo com a teoria que for utilizada para a sua compreensão, gerarão efeitos bem diversos na vida prática destes sujeitos (segunda parte).

## 1. COMPREENSÕES SOBRE SEXO E GÊNERO

Nesta seção, abordam-se as principais correntes teóricas que se ocupam em estudar estes conceitos e as formas com as quais se relacionam entre si, analisando como cada uma destas teorias repercute juridicamente na realidade das transexuais. Apresentados o essencialismo, o construcionismo social e os estudos Queer, ficam lançadas as bases para investigar as consequências jurídicas deles decorrentes.

### 1.1. ESSENCIALISMO – SEXO É BIOLÓGICO, GÊNERO É CULTURAL

Originalmente, sexo referia-se “às diferenças entre homens e mulheres, mas também à forma como homens e mulheres se relacionavam”. (WEEKS, 2010, p. 41) Nos últimos dois séculos, o termo passou a ter um sentido mais preciso, dizendo respeito às características biológicas que diferenciam homens e mulheres. Tais características seriam imutáveis e inatas (BEASLEY, 2006). Esta concepção, chamada de essencialista, é vinculada a uma abordagem médica, científica, que determina “o que é aceitável ou não, patologizando e/ou criminalizando o que se enquadra no segundo caso” (CAMARGO, ROHDEN e CÁCERES, 2011, p. 127).

---

à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...]

<sup>5</sup> Para um balanço da concretização desses direitos humanos no sistema interamericano de direitos humanos, ver RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog; LEIVAS, Paulo G. C.; SCHAFER, Gilberto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTTI: panorama, potencialidade e limites. *Direito e Práxis*, v. 8, p. 1545-1576, 2017.

<sup>6</sup> Sobre o tema, ver RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog. Direitos Humanos, Transexualidade e “Direito dos Banheiros”. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, vol. 06, n. 12, 2015. P. 196-227.



O conceito de gênero surge na segunda metade do Século XX, no campo da medicina, para abordar os casos de recém nascidos intersex. Os médicos, preocupados no tratamento hormonal e cirúrgico destes bebês que nasceram com características dos dois sexos biológicos, passam a buscar qual é o “verdadeiro sexo” de cada criança. Após identificarem este “bom sexo”, realizavam intervenções cirúrgicas nos seus corpos, atribuindo a eles o sexo escolhido pela equipe médica como sendo o preponderante. Consequentemente, estas crianças, que nasceram com características biológicas de ambos os sexos, passam a ser tratadas conforme o sexo escolhido, sendo-lhes esperado que apresentem comportamentos adequados a ele.

Elsa Dorlin noticia que o nascimento do conceito de gênero está vinculado ao caso de Bruce/Brenda (DORLIN, 2009, p. 33), uma criança de 9 meses, que, nascida menino, passou por um acidente de circuncisão. Os médicos entenderam que um homem biológico jamais poderia exercer sua identidade de forma normal sem ter o pênis, portanto, deveria ser castrado e convertido em menina. Assim, John Money, um dos principais especialistas em transexualidade na década de 50 nos Estados Unidos, realizou a cirurgia de redesignação em Bruce, que passou a se chamar Brenda. Desse modo, esta criança acabou tratada como se fosse uma cobaia para demonstrar a flexibilidade entre o sexo e o gênero, na medida em que, sendo criada como menina, apesar de ter nascido biologicamente um menino, Brenda assumiu a identidade de gênero que lhe foi atribuída. Nessa linha, Money confirmou que o sexo biológico não determina a identidade de gênero dos indivíduos, mas sim, fatores culturais e sociais.

Essa concepção entende que existem duas categorias distintas: o sexo, natural, biológico, marcado por fatores endógenos, e o gênero, cultural, social, marcado por fatores exógenos. O sexo é compreendido como uma categoria estável, dual (homem ou mulher), referenciada pelo gênero, compreendido como *“los roles (tareas e funciones), los valores, las representaciones o los atributos simbólicos, femeninos e masculinos, como los productos de una socialización de los individuos y no como los efectos de una ‘naturaleza’”* (DORLIN, 2009. P. 35).

A partir desta corrente teórica, compreende-se que o gênero, construção cultural do sexo, se relaciona diretamente com ele, podendo o sujeito se comportar como macho (homem) ou fêmea (mulher). Todos os comportamentos que não se adéquam ao sexo biológico do indivíduo são compreendidos como anormais, desviantes, devendo, portanto, serem corrigidos.

Dorlin salienta que, desde o Século XVII, o sexo é definido como um modelo bi-categorial (homem e mulher), compreensão que decorre da contribuição de diversos ramos da ciência. Assim, o temperamento, a anatomia dos órgãos genitais, a informação hormonal e a genética fundamentavam a distinção entre homens e mulheres e, consequentemente, entre machos e fêmeas. Tal divisão do sexo em duas categorias fixas e cientificamente estabelecidas se configura como um obstáculo para compreendê-lo como um processo complexo de sexualização.

Neste contexto, pessoas intersex perturbam a causalidade do sexo biológico, pois não se conformam a um ou outro sexo. Seus corpos devem ser adequados, normalizados, para corresponderem à norma considerada natural. As pessoas transexuais, da mesma forma, por apresentarem um gênero que não corresponde ao sexo biológico, devem ter seus corpos conformados ao seu gênero, a fim de atingirem a “normalidade”.

## 1.2. CONSTRUCCIONISMO SOCIAL E IDENTIDADE

A visão essencialista é criticada pelo construcionismo social, que compreende a sexualidade como um dispositivo histórico, como um corpo de conhecimento, e não como um dado da natureza. Esta corrente busca romper com a ideia de que a sexualidade é uma verdade natural, uma essência interior, um impulso avassalador que exige satisfação. De modo diverso, ela deve ser compreendida dentro de um contexto social específico, num momento histórico particular, buscando identificar como estes fatores dão origem à sexualidade naquele contexto e avaliando as relações de poder que determinam o que vai ser definido como normal ou anormal.

O construcionismo social é fortemente influenciado por Michel Foucault, pois o autor demonstra, na obra “A História da Sexualidade”, que a sexualidade é fruto de fatores históricos e culturais, variando, portanto, o sentido social dos atos sexuais conforme as compreensões das diversas culturas e dos diversos momentos históricos. Foucault insere a discussão sobre a sexualidade no âmbito das relações de poder, compreendendo que, diferentemente do que defendia Reich, a sexualidade não atua como uma resistência ao poder, e sim, está relacionada aos modos pelos quais ele atua na sociedade moderna. (FOUCAULT, 2011). Weeks, um dos principais autores construcionistas, refere que os estudos de Foucault se dão num contexto de crítica ao essencialismo, que vinha sendo discutido em diversos campos do conhecimento (WEEKS, 2010). A antropologia social e a sociologia, por exemplo, demonstraram que existem diversos padrões sexuais nas diferentes culturas, colocando em cheque a “verdade” de que a forma com que fazemos as coisas é a única correta de fazê-las. A psicanálise freudiana, por sua vez, desestabiliza a ideia de fixidez do gênero, da necessidade sexual e da identidade, pois entende que estes elementos são moldados a partir da cultura, através do desenvolvimento psicossocial dos seres humanos. Em outra frente, a história social passa a estudar a história do gênero, do corpo e da sexualidade, que era até então ignorada pelos historiadores. A partir destes estudos, fica abalada e questionada a rigidez do que constitui o masculino e o feminino. Nessa linha, os movimentos feministas e LGBT<sup>7</sup> têm “*questionado muitas das certezas de nossas tradições sexuais, oferecendo*

---

<sup>7</sup> Movimentos sociais descentralizados, formados por ONG's, coletivos autônomos, ativistas, entre outros, que lutam por reconhecimento e efetivação de direitos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais.

*novas concepções sobre as intrincadas formas de poder e dominação que modelam nossas vidas sexuais*”. (WEEKS, 2010, p. 46).

Estas diversas áreas do conhecimento reforçam que o importante não é compreender o que causa a heterossexualidade ou a homossexualidade, ou o que compõe a masculinidade e a feminilidade, mas, sim, avaliar quais elementos se apresentam, em determinada cultura, em um certo momento histórico, a privilegiar uma em detrimento da outra, bem como de que modo tais identidades sexuais são conformadas<sup>8</sup>.

Ao afirmar que um determinado ato sexual não tem um sentido estanque e universal, o construcionismo social rompe com a ideia essencialista de que o sexo e a identidade de gênero têm relação direta (BEASLEY, 2006). Pelo contrário, passa a compreender esta relação a partir das complexidades e da variabilidade das sociedades no tempo e no espaço, bem como das relações de poder que se reproduzem e produzem as classificações dos sujeitos a partir do que se compreende como normal e anormal.

Os autores construcionistas partem do pressuposto de que os significados que são dados à sexualidade são socialmente organizados a partir de diversas linguagens e relações de poder, que definem o que é o sexo e o que é adequado e inadequado nas práticas sexuais. Neste sentido, criticam os médicos, cientistas e sexólogos, pois estes contribuem para a construção da sexualidade como um campo privilegiado do conhecimento, como uma ciência dada.

Ao estabelecer uma esfera especializada de conhecimento, ao buscar descobrir as “leis da natureza” que supostamente governam o mundo sexual, ao argumentar que a sexualidade tem uma influência particular em todos os aspectos da vida e que o corpo fala uma verdade final, os sexólogos ajudaram, num certo sentido, a “inventar” a importância que nós atribuímos ao comportamento sexual. (WEEKS, 2010, p. 44)

O gênero é compreendido pelo construcionismo social não como uma categoria analítica, mas sim, como uma relação de poder historicamente enraizada que acaba sendo percebida, erroneamente, como se fosse naturalizada. Esta corrente sustenta que, por exemplo, os padrões da sexualidade feminina são criados pelo poder dos homens para definir o que é necessário para manter o controle social das mulheres. Da mesma forma, o comportamento sexual é visto na ótica do poder, que produz e reproduz uma hierarquia das práticas sexuais, elencando o que é normal e o que é patológico, utilizando, para tanto, a heterossexualidade como categoria de referência.

O construcionismo social dá especial ênfase às identidades sexuais dos sujeitos, na medida em que as compreende como fruto da história e da cultura, refutando a visão essencialista de que a identidade é o destino natural

---

<sup>8</sup> Sobre o tema, ver RIOS, Roger Raupp. Concepciones sobre la homosexualidad en las Cortes Constitucionales latinoamericanas. Revista General de Derecho Constitucional (Internet), v. 25, 2017.

que decorre da biologia. Pelo contrário, esta teoria entende que as identidades são culturalmente forjadas pelos sujeitos de acordo com o contexto social e histórico onde se inserem, podendo inclusive sofrer alterações no decorrer de suas vidas (BEASLEY, 2006).

### 1.3. ESTUDOS QUEER – SEXO E GÊNERO COMO PERFORMATIVIDADE

Nessa apresentação esquemática, os estudos queer correspondem a uma abordagem pós-moderna dos estudos da sexualidade. Eles criticam as categorias universais e fixas das identidades sexuais e do gênero de modo diverso daquele proposto pelo construcionismo. Isso mediante uma compreensão das identidades sexuais e de gênero de modo crítico, que rejeita um estatuto ontológico que lhes dê substrato. A perspectiva queer salienta como as identidades sexuais e de gênero são produzidas como efeitos do poder, na relação que se estabelece entre determinadas expressões hegemônicas e consideradas legítimas a partir da oposição em face de identidades e práticas subalternas, estabelecendo uma dinâmica onde transgressões e subversões são produzidas. (SALIH, 2012).

Os estudos Queer fazem parte dos saberes insurgentes, um movimento que problematiza a produção do conhecimento, na medida em que esta tem se dado a partir da ótica dominante, que se estabelece como verdade e neutralidade e produz e reproduz os valores da colonização, da heteronormatividade e da dominação masculina. Estes estudos propõem uma epistemologia que leve em conta os saberes daqueles grupos historicamente subalternizados por suas diferenças de sexo, gênero, sexualidade ou raça,. (MISKOLCI, 2014).

A mais destacada referência nos estudos queer é Judith Butler, que, revisitando Hegel, Foucault, Derrida, Freud e Lacan, entre outros, propõe uma genealogia<sup>9</sup> do sujeito, retirando-o de uma condição ontológica, pré-existente e metafísica e tratando-o como um processo construído no discurso e pelos atos que realiza. Como consequência desta genealogia do sujeito, a autora aponta que o sexo e o gênero não são causas das instituições, discursos e práticas, ou seja, o sexo e o gênero não as criam. Pelo contrário, eles são efeitos destas instituições, na medida em que elas criam e causam o sujeito, pois determinam qual é o seu sexo, o seu gênero e a sua sexualidade. (BUTLER, 2003).

Desse modo, o gênero, em lugar de ser uma correspondência socialmente construída do sexo-natural, como propõe o construcionismo social, é um ato performativo, ou seja, é uma repetição de ações que se constituem com força de autoridade e que produzem os enunciados que pronunciam. Na medida em que encobrem as convenções que os constituem, acabam por naturalizar

---

<sup>9</sup> A genealogia pode ser concebida como “*um modo de investigação histórica que não tem como meta a verdade ou o conhecimento*” (SALIH, 2012, p. 21). Ela não se dedica a analisar a história, e sim, as condições de emergência do que se considera como história.

tais enunciados, fazendo com que o sexo e o gênero pareçam ter estado aqui o tempo todo.

Ao compreender a identidade de gênero como uma sequência de atos performativos, Butler refere que não há um sujeito, um *performer* por trás destes atos, na medida em que o sujeito é o efeito e não a causa de tais atos. A consequência de não existir um sujeito por trás da ação é de que não há nenhum modelo original de sujeito a ser copiado. Ele é instituído conforme o contexto específico, e assim, pode ser estabelecido de formas diferentes, que não reforcem as estruturas de poder, mas as subvertam. (BUTLER, 2002)

As estruturas de poder que constroem o gênero são calcadas na heteronormatividade compulsória, nos binarismos homem-mulher, macho-fêmea e na coerência entre gênero e sexo, constituindo os chamados gêneros inteligíveis. Todos aqueles sujeitos que não mantêm esta relação de coerência são vistos como abjetos, como inadequados. Utilizando o conceito de complementaridade de Derrida, a autora chama a atenção para o fato de que estes gêneros incoerentes só podem ser concebidos em relação a normas existentes. Ou seja, as mesmas normas que proíbem, produzem o que estão proibindo, já que ligam sexo, gênero e sexualidade e dizem que esta relação de coerência é a verdade e o ideal. (BUTLER, 2003). Neste sentido, a heterossexualidade só existe se oposta à homossexualidade, que é criada como o abjeto, como o outro, para tornar normal o hegemônico.

Sendo assim, não há nenhum elemento dado, fixo e imutável que estabeleça tal ideal. Pelo contrário, são as instituições, o poder e o discurso que enunciam e constituem tais modelos de sujeitos desejáveis. Butler afirma que mesmo o sexo não deve ser compreendido como um elemento fixo do corpo do sujeito, pois ele “*não é um simples fato ou a condição estática de um corpo, mas um processo pelo qual as normas regulatórias materializam o ‘sexo’ e produzem essa materialização através de uma reiteração forçada destas normas*”. (BUTLER, 2010, p. 155).

Neste contexto, são estas normas, expressões das relações de poder, que constroem as transexuais como sujeitos abjetos, a serem readequados pela cirurgia de transgenitalização, objetivando conformarem-se aos padrões de inteligibilidade. Adotando-se a perspectiva dos estudos queer, as transexuais não precisam e nem devem ser “readequadas” por meio de cirurgia, na medida em que se questionam justamente as categorias naturalizadas de sexo e gênero.

## **2. DIREITOS FUNDAMENTAIS, SEXO, GÊNERO E TRANSEXUALIDADE**

Mesmo uma rápida visita e uma exposição esquemática das teorias essencialista, construcionista e Queer permite perceber que sexo e gênero são compreendidos de formas diversas, de acordo com a perspectiva adotada. Enquanto para os essencialistas o sexo se refere exclusivamente aos aspectos biológicos dos indivíduos, sendo o gênero a expressão cultural decorrente de tais aspectos, o construcionismo social entende que sexualidade é fruto de fa-

tores históricos e culturais, devendo, assim, o sexo ser compreendido também a partir de aspectos identitários dos sujeitos. Já os estudos Queer se propõem a identificar as relações de poder que permeiam as instituições e os discursos e que são responsáveis por produzir identidades sexuais e de gênero no contexto heteronormativo, bem como que relacionam o gênero a uma expressão cultural do sexo-natural, colocando em cheque, inclusive, a rigidez do sexo, na medida em que o percebe como um ato performativo.

Na concretização das normas jurídicas protetivas de direitos fundamentais, em especial a proibição de discriminação por motivo de sexo e a proteção do livre desenvolvimento da personalidade, a adoção de uma ou outra das perspectivas referidas traz consigo importantes consequências. Tomam-se agora reivindicações relacionadas à transexualidade como casos emblemáticos para demonstrar esta relação entre as compreensões de sexo e de gênero e o tratamento jurídico daí decorrente.

## 2.1. TRANSEXUALIDADE E DOENÇA: UMA VISÃO ESSENCIALISTA

Para a abordagem essencialista do sexo, a transexualidade é compreendida como “*uma síndrome complexa caracterizada pela convicção intensa de ser de um sexo diferente do seu sexo corporal, juntamente com a demanda de mudança de sexo dirigida ao sistema médico e judiciário*”. (ZAMBRANO, 2003, p. 12) A pessoa transexual tem a convicção de pertencer a outro sexo, a aversão ao sexo que possui e o interesse em adequar seus órgãos genitais. Neste sentido, a transexualidade é reconhecida pela Organização Mundial de Saúde como doença e é descrita na Classificação Internacional de Doenças (CID 10) como Transtorno de Identidade Sexual, sob o código 64.0.

Como referido, essa visão medicalizada da transexualidade parte de uma concepção binária de sexo e gênero (homem e mulher, masculino e feminino) e entende que deve haver correspondência entre o gênero e o sexo biológico, na medida em que as construções culturais do feminino e do masculino seriam expressões naturais dos homens e das mulheres. A cirurgia de transgenitalização é vista, a partir desta perspectiva, como a cura necessária para um equívoco biológico, ou seja, seria a forma de “resolver” uma indevida incongruência entre o gênero e o sexo.

Ao apreciar as demandas judiciais de mudança de nome e sexo movidas por transexuais, o Poder Judiciário originalmente se utilizou fortemente da concepção essencialista, na medida em que o deferimento dos pedidos estava necessariamente vinculado à realização ou a marcação da cirurgia de transgenitalização. Do ponto de vista jurídico, a reivindicação se traduz como exercício do direito à saúde, compreendido como prestação social objetivando a superação de um agravo de saúde.

Consequência disso é que, caso não houvesse a “readequação” do órgão genital, alcançando a correspondência ao gênero do indivíduo, entendia-se que

o registro civil estava de acordo com o sexo biológico dos sujeitos, não devendo, portanto, ser alterado. Salienta-se que esta postura segue sendo reproduzida pelo Poder Judiciário ainda hoje, conforme se depreende a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO QUANTO AO NOME E SEXO DO AUTOR. TRANSEXUALISMO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. INVIABILIDADE DA ALTERAÇÃO DO REGISTRO, UMAVEZ NÃO PREVISTA CIRURGIA PARA MUDANÇA DE SEXO, NEM MESMO PROVA ROBUSTA ACERCA DA ABRANGÊNCIA DO TRANSTORNO SEXUAL. APELAÇÃO DESPROVIDA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível nº 70056132376, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Julgado em 13/11/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSEXUALISMO. ALTERAÇÃO DO GÊNERO/SEXO NO REGISTRO DE NASCIMENTO. DEFERIMENTO. Tendo o autor/apelante se submetido a cirurgia de “ redesignação sexual “, não apresentando qualquer resquício de genitália masculina no seu corpo, sendo que seu “fenótipo é totalmente feminino “, e, o papel que desempenha na sociedade se caracteriza como de cunho feminino, cabível a alteração não só do nome no seu registro de nascimento mas também do sexo, para que conste como sendo do gênero feminino. Se o nome não corresponder ao gênero/sexo da pessoa, à evidência que ela terá a sua dignidade violada. Precedentes. Apelação provida. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível nº 70022952261, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 17/04/2008)

EMENTA. Apelação. Modificação de nome. Transexual. Necessidade de prévia cirurgia de transgenitalização. Recurso provido. (Apelação Cível nº 0909159-11.2012.8.26.0037, Oitava Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, Julgado em 19/02/2014).

Tal posição abre espaço para que as(os) profissionais da saúde definam qual é o sexo da pessoa, levando em conta apenas as características biológicas do indivíduo e padrões historicamente consolidados do que corresponde ser homem ou ser mulher. Isto limita a esfera da auto-determinação dos sujeitos, violando seu direito à liberdade. Suiama (2012), ao analisar as estratégias jurídicas utilizadas nos Estados Unidos para garantir os direitos de transexuais, refere que a patologização, além de reforçar os binarismos de gênero, é normativa, pois, para que seja reconhecido o diagnóstico do transexualismo, exige que os sujeitos convençam os médicos e também o Judiciário de que pertencem a certo gênero. Para tanto, o fazem se apresentando da forma mais normativa possível do que se entende por feminino ou masculino. Para ser diagnosticada

como trans mulher, por exemplo, a pessoa deve seguir o estereótipo do que se entende por feminino: ter cabelos longos, seios fartos e ser delicada.

Uma performance de acordo com o script médico é exigida tanto no Brasil quanto nos EUA porque, segundo os Padrões de Cuidado para Distúrbios de Identidade de Gênero, indivíduos não podem sofrer cirurgias genitais sem que atendam aos critérios exigidos”, os quais incluem a “vida convincente como um membro do gênero preferido por um longo período de tempo”.. (SUIAMA, 2012, p. 110)

Este papel de “porteiro” desempenhado pelos profissionais da saúde faz com que o direito à mudança de sexo seja exercido apenas por aquelas pessoas que se enquadram exatamente nas definições estabelecidas nos protocolos médicos, deixando de fora todas aquelas que vivem seu gênero de forma diversa daquela estabelecida pela norma binária. (SUIAMA, 2012).

## 2.2. TRANSEXUALIDADE, IDENTIDADE E PERFORMATIVIDADE: CONSTRUCIONISMO SOCIAL E ESTUDOS QUEER

Para o construcionismo social, a transexualidade não é compreendida como uma moléstia, e sim como um elemento essencial para afirmação identitária dos sujeitos. Contrapondo-se aos argumentos que justificam as desigualdades pelas diferenças biológicas entre os sexos, entende-se que não são as características sexuais que constroem o que é feminino e masculino, mas sim, a forma com que estas características são representadas e valorizadas socialmente. Deste modo, para que se possam compreender as relações entre homens e mulheres, mais do que observar seu sexo biológico, deve-se averiguar tudo o que foi construído socialmente sobre eles (LOURO, 2010).

Nesta perspectiva importa salientar que, enquanto as identidades de gênero dizem respeito às identificações sociais e históricas com o masculino e o feminino, as identidades sexuais se constituem “*através das formas como vivem sua sexualidade, com parceiros/as do mesmo sexo, do sexo oposto, de ambos os sexos ou sem parceiros/as*” (LOURO, 2010, p. 26).

Esses dois conceitos se inter-relacionam: assim, um sujeito feminino pode ser heterossexual, homossexual ou bissexual, por exemplo. E tais arranjos podem sofrer transformações, pois as identidades, tanto de gênero como sexual, são mutáveis e instáveis, constituindo-se e transformando-se.

Ao adotarmos esta concepção de gênero, abandonamos os binarismos fechados e limitados e deixamos de considerar como “normais” apenas aquelas pessoas que se adéquam aos padrões rigidamente estabelecidos socialmente como pertencentes a um determinado sexo ou gênero. Essa posição não vê a cirurgia de transgenitalização como necessária para adequar o sexo ao gênero da pessoa transexual, pois compreende o sexo a partir de elementos sociais e



identitários, e não apenas de características biológicas. Assim, é mulher quem tem uma identidade de gênero feminina, não apenas quem tem uma vagina.

A aplicação da teoria construcionista tem dado guarida no Judiciário a decisões que deferem pedidos de alteração de nome e também de sexo no registro civil sem que a pessoa transexual tenha realizado a cirurgia de transgenitalização, na medida em que reconhece que o sexo corresponde a elementos identitários de gênero.<sup>10</sup> Sobre este tema, é importante salientar que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, em decisão a repercussão geral da matéria no bojo do Recurso Extraordinário 670422<sup>11</sup>, no qual decidirá sobre possibilidade de transexuais alterarem seus nomes e sexos independente de se submeterem a qualquer procedimento cirúrgico, decisão cujo conteúdo certamente terá impacto não somente para todas as instâncias judiciais, como também na opinião pública e nas representações sociais sobre as identidades sexuais e de gênero.

O julgamento do referido Recurso Extraordinário foi iniciado em abril de 2017 e retomado em novembro do mesmo ano, quando foi colocada em pauta também a ADI 4275<sup>12</sup>. Votaram os Ministros Dias Toffoli (relator do caso), Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso e a Ministra Rosa Weber. O Ministro Marco Aurélio pediu vistas do processo, por isso o julgamento ainda não foi concluído. Mas, pelos votos já proferidos<sup>13</sup>, pode-se identificar que a posição até agora adotada pelo STF sobre a transexualidade é construcionista social, ou seja, compreende a transexualidade a partir da identidade de gênero. Apesar de frisar que a transexualidade é uma questão identitária, e não médica,

---

<sup>10</sup> TJRS, Apelação Cível nº 70041776642, Relator Rui Portanova, 30 de junho de 2011; TJRS, Apelação Cível, nº 70057414971, Relator Rui Portanova, 05 de junho de 2014 e TJSP, Apelação Cível nº 008539-56.2004.8.26.0505, Relator Vito Guglielmi, 18 de outubro de 2012.

<sup>11</sup> Trata-se de ação judicial movida por transexual masculino, que objetiva a alteração do nome e do sexo no registro civil. O pedido foi julgado parcialmente procedente, deferindo apenas a alteração do nome, mas não do sexo, pois o juízo de primeiro grau entendeu que a sua alteração dependeria da realização de cirurgia de transgenitalização. Inconformado com esta decisão, o autor interpôs recurso de apelação (TJ/RS, Apelação Cível nº 70041776642, Relator Rui Portanova, 30 de junho de 2011), o qual foi julgado parcialmente procedente (vencido o Relator), determinando a identificação da condição de transexual junto ao registro civil. Entendendo que tal decisão viola a Constituição Federal, o autor interpôs Recurso Extraordinário (nº 670422), a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>12</sup> A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275 foi proposta pela Procuradoria Geral da República e busca a interpretação conforme do art. 58 da Lei 6.015, de 1973 (Lei de Registros Públicos), a fim de reconhecer que pessoas transexuais possam alterar o nome e o sexo no registro civil, independente da realização de cirurgia de transgenitalização. Apesar de bastante progressista a postura do Ministério Público Federal em propor esta ação, são apresentadas condicionantes para a mudança de nome e sexo: as pessoas devem ter 18 anos ou mais, estar há, pelo menos, 3 anos convictas de que pertencem ao “gênero oposto ao biológico”, que seja presumível que não mais modificarão sua identidade de gênero, o que deve ser atestado por profissionais que avaliem aspectos psicológicos, médicos e sociais.

<sup>13</sup> Os votos, por escrito, ainda não foram publicados no *site* do STF. A sua proclamação oral consta no youtube, no canal do Supremo, que pode ser acessado por este link: <https://www.youtube.com/watch?v=vNklKDyPSVo&index=1&list=PLippyY19Z47ud8RAmxXTtH-QZui6tXQPE5>

foi invocado pelos Ministros o saber da medicina como discurso de verdade sobre estes sujeitos, reproduzindo-o incontestavelmente. Não há, até agora neste julgamento, qualquer reflexão sobre a fixidez ou não das identidades, nem sobre a tida necessidade de inteligibilidade dos sujeitos (BUTLER, 2003). Desta forma, o reconhecimento de direitos das pessoas trans acaba seguindo a forma conservadora e assimilacionista dos modelos de sujeito tidos como normais.

Na perspectiva não-essencialista rompe-se com a ideia estanque de que sexo se relaciona apenas com as características biológicas da pessoa, possibilitando uma concretização mais efetiva dos direitos fundamentais da igualdade e liberdade.

Em linhas gerais, o princípio da igualdade está presente, na medida em que “*a compreensão da transexualidade ora proposta, que alerta sobre os danos produzidos pelo binarismo de gênero, se relaciona diretamente com a proibição constitucional de discriminação e, em especial, com a vedação de discriminação por motivo de sexo.*” (BRASIL, 2007)

Com efeito, o mandamento antidiscriminatório previsto na Constituição proíbe qualquer forma de discriminação, prevendo, explicitamente, no art. 3º, IV, a impossibilidade de discriminar-se em razão de sexo, dispositivo normativo que alcança discriminações por motivo de identidades sexuais e de gênero.

Com relação ao direito fundamental de liberdade geral, e também à previsão específica de livre desenvolvimento da personalidade como direito fundamental, essas normas protegem a sexualidade como esfera da vida individual livre da interferência de terceiros, afastando imposições indevidas em virtude de identidade sexual e de gênero.

No balanço entre as diversas compreensões referidas na primeira parte, ainda que seja uma posição mais abrangente e garantidora dos direitos fundamentais da igualdade e da liberdade do que o essencialismo, o construcionismo social, por se vincular a uma perspectiva identitária dos sujeitos, acaba por engessar a aplicação de tais direitos. Isso porque, ao estabelecer que a identidade de gênero deve ser afirmada pelos sujeitos e reconhecida pela sociedade, acaba limitando o próprio entendimento do que significa esta identidade ao que foi socialmente delimitado. Assim, nos casos em que transexuais pleiteiam a alteração de nome e de sexo no registro civil, devem comprovar ao Poder Judiciário que se conformam com a identidade de gênero assumida, apresentando diversas características do que se compreende como feminino (em casos de trans-mulheres) ou masculino (trans-homens), sob pena de verem negado seu pleito.<sup>14</sup>

O construcionismo social ainda exige uma normalização dos sujeitos, uma comprovação de que os mesmos se comportam de acordo com as normas estabelecidas para o exercício de determinada identidade de gênero, ficando

---

<sup>14</sup> Neste sentido é a Apelação Cível Nº 70030504070, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 29/10/2009; Agravo de Instrumento nº 70026211797, Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 18 de fevereiro de 2000.

em segundo plano, mais uma vez, a autonomia dos indivíduos de decidirem de que formam querem exercer estas identidades.

Por sua vez, a perspectiva queer conduz a uma interpretação mais abrangente das categorias sexo e gênero, apontando para possibilidades maiores de proteção aos direitos fundamentais relacionados à sexualidade. Em vez de se deter na análise da construção das identidades, como propõe o construcionismo social, os estudos queer questionam a estabilidade dos sujeitos e focam nos processos sociais que os classificam, hierarquizam e normalizam.

Ao compreender sexo e gênero como performatividade, os estudos queer abrem espaço para que sejam vividos de diversas formas, inclusive subvertendo o modelo heteronormativo e a limitação das inteligibilidades do sujeito. Assim, as múltiplas identidades e sexualidades têm lugar na perspectiva queer.:

una manera de buscar la disolución de las fronteras para que, tanto otras identidades (transgénero, bisexual, travesti...) cuanto la multiplicidad de identidades gay y lesbianas (maricas, tías, camioneras, femmes...) encuentren, todas ellas, un lugar en un movimiento contestario de las normas sexuales, culturales e sociales. (ERIBON, 2003, p. 394, apud. BORRILLO, 2011, p. 27)

Nesse diapasão, a alteração jurídica de sexo de travestis e transexuais poderia ser realizada independentemente da submissão à cirurgia de transgenitalização, e sem a necessidade de demonstração da existência de traços femininos ou masculinos que formam suas identidades de gênero, como se exige na lógica afeita ao construcionismo social, redundando então em maior amplitude do direito de liberdade. A liberdade deve ser compreendida como autodeterminação, ou seja, como a esfera da vida privada que diz respeito apenas ao indivíduo, que não suscetível à intervenção estatal, pois não gera prejuízos a terceiros, nem interesse direto do Estado (SUIAMA, 2102). Como os corpos dos sujeitos dizem respeito apenas a sua esfera de autodeterminação, não caberia ao Judiciário decidir de que forma devem ser exercidos os sexos e os gêneros dos indivíduos. Assim, os indivíduos teriam maior autonomia para decidirem o seu sexo e o seu gênero, a partir de suas convicções e construções, mais do que por padrões impostos pelas estruturas de poder, que, ao fim e ao cabo, perpetuam a heteronormatividade e a exclusão dos sujeitos não inteligíveis.

Nessa linha de raciocínio, vai-se afirmando a concordância prática entre os diversos direitos fundamentais em face ao sistema sexo/gênero/sexualidade, cuja concomitante incidência supera e corrige perspectivas patologizantes da transexualidade, esforço que pode ser apanhado no aludido julgamento da Ação Civil Pública 2001.71.00.026279-9/RS. Da ementa, trazemos os excertos que seguem:

1 - A exclusão da lista de procedimentos médicos custeados pelo Sistema Único de Saúde das cirurgias de transgenitalização e dos procedimentos complementares, em desfavor de transexuais, confi-

gura discriminação proibida constitucionalmente, além de ofender os direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, proteção à dignidade humana e saúde. 2 - A proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo protege heterossexuais, homossexuais, transexuais e travestis, sempre que a sexualidade seja o fator decisivo para a imposição de tratamentos desfavoráveis. 3 - A proibição de discriminação por motivo de sexo compreende, além da proteção contra tratamentos desfavoráveis fundados na distinção biológica entre homens e mulheres, proteção diante de tratamentos desfavoráveis decorrentes do gênero, relativos ao papel social, à imagem e às percepções culturais que se referem à masculinidade e à feminilidade. 4 - O princípio da igualdade impõe a adoção de mesmo tratamento aos destinatários das medidas estatais, a menos que razões suficientes exijam diversidade de tratamento, recaindo o ônus argumentativo sobre o cabimento da diferenciação. Não há justificativa para tratamento desfavorável a transexuais quanto ao custeio pelo SUS das cirurgias de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia, pois (a) trata-se de prestações de saúde adequadas e necessárias para o tratamento médico do transexualismo e (b) não se pode justificar uma discriminação sexual (contra transexuais masculinos) com a invocação de outra discriminação sexual (contra transexuais femininos). 5 - O direito fundamental de liberdade, diretamente relacionado com os direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade e de privacidade, concebendo os indivíduos como sujeitos de direito ao invés de objetos de regulação alheia, protege a sexualidade como esfera da vida individual livre da interferência de terceiros, afastando imposições indevidas sobre transexuais, mulheres, homossexuais e travestis. 6 - A norma de direito fundamental que consagra a proteção à dignidade humana requer a consideração do ser humano como um fim em si mesmo, ao invés de meio para a realização de fins e de valores que lhe são externos e impostos por terceiros; são inconstitucionais, portanto, visões de mundo heterônomas, que imponham aos transexuais limites e restrições indevidas, com repercussão no acesso a procedimentos médicos. 7 - A força normativa da Constituição, enquanto princípio de interpretação, requer que a concretização dos direitos fundamentais empreste a maior força normativa possível a todos os direitos simultaneamente, pelo que a compreensão do direito à saúde deve ser informada pelo conteúdo dos diversos direitos fundamentais relevantes para o caso. 8 - O direito à saúde é direito fundamental, dotado de eficácia e aplicabilidade imediatas, apto a produzir direitos e deveres nas relações dos poderes públicos entre si e diante dos cidadãos, superada a noção de norma meramente programática, sob pena de esvaziamento do caráter normativo da Constituição. (BRASIL, 2007)

O aprofundamento dessa perspectiva encontra em Borrillo a formulação de uma Teoria Queer do Direito, ou seja, perceber que as normas jurídicas não são naturais, mas são formadas a partir de elementos históricos e culturais. Desvelando as relações de poder que estão envoltas nestas normas, podemos

buscar interpretações que garantam maior justiça e amplitude na sua aplicação. Assim, a consequência desta visão queer do direito, no caso concreto analisado por este artigo, seria a des-sexualização do sujeito, e com ela, o desaparecimento do gênero como categoria de identificação civil obrigatória. (BORRILLO, 2011)

Isto porque, se partirmos da compreensão queer de que o sexo não é natural, as normas que o utilizam como suporte do sistema jurídico também podem ser desnaturalizadas. Assim, a lógica binária que separa os indivíduos entre homens e mulheres, utilizada para determinar direitos (registro civil, direito de família, previdência social, etc) deve ser questionada, na medida em que exclui todas aquelas pessoas que não se conformam com os protótipos de masculinidade e feminilidade construídos como medida dos comportamentos humanos.

O autor refere que, apesar de a mudança de sexo no registro civil ser possível em diversos países, inclusive sem a realização da cirurgia, ela depende da comprovação de um alto grau de pertencimento a determinado gênero. Apesar dos avanços significativos na compreensão do tema, nenhum Estado questionou a categoria sexo enquanto identificação dos sujeitos. A Austrália foi o país que foi mais longe no assunto, pois permitiu a inscrição do gênero neutro nos seus documentos de identificação. (BORRILLO, 2011).

Se os Estados abolissem a identificação das pessoas a partir de seu sexo, diversos problemas seriam resolvidos: não haveria a necessidade de escolher forçosamente o sexo de uma pessoa intersex e as pessoas transexuais não necessitariam da realização da cirurgia de transgenitalização ou mesmo da comprovação de que se conformam a determinado gênero para alterar o estado civil. O sexo passaria a ser categoria juridicamente irrelevante, devendo ser considerado apenas como uma informação pessoal, como a raça, a religião e as posições políticas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção de uma sociedade democrática, que leve a sério os direitos fundamentais na esfera da sexualidade, requer o diálogo entre a ordem jurídica e os estudos acadêmicos oriundos das ciências humanas e sociais, sem o que os pleitos e reivindicações de indivíduos e grupos tem sua efetividade, no plano da vida estatal e social, comprometidos.

De fato, o tratamento no sistema jurídico e nas políticas públicas da transexualidade requer a adequada compreensão das categorias sexo e gênero, para o que a contribuição das respectivas perspectivas teóricas é imprescindível.

A consideração do essencialismo, do construcionismo social e dos estudos queer revelam-se, portanto, perspectivas necessárias para a concretização das normas constitucionais que protegem contra discriminação por motivo de sexo e garantem o direito de liberdade geral e o livre desenvolvimento da personalidade.

## REFERÊNCIAS

- BEASLEY, Chris. **Gender & Sexuality: Critical Theories, Critical Thinkers**. In: Gender & Sexuality, London: SAGE Publications, 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n° 670.422/RS**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 06 de janeiro de 2014. Diário da Justiça Eletrônico. 21 nov. 2014.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n° 70041776642, Relator Rui Portanova, 30 de junho de 2011.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Cível n° 2001.71.00.026279-9/RS. Relator Juiz Federal Roger Raupp Rios, 14 de agosto de 2007.
- BUTLER, Judith. **Cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”**. 1ª Edição. Buenos Aires: Paidós, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do sexo**. In: O corpo Educado: pedagogias da Sexualidade. 3ª Edição. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- BORRILLO, Daniel. Por **una Teoría Queer del Derecho de las personas y las familias**. Revista Direito, Estado e Sociedade, 2011, p. 27-51
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.
- CAMARGO, Kenneth; ROHDEN, Fabíola; CÁCERES, Carlos F. **Ciência, gênero e sexualidade**. In: Sexualidade e Política na América Latina: histórias, interseções e paradoxos. Rio de Janeiro: ABIA, 2011.
- DORLIN, Elsa. **Sexo, género y sexualidades: introducción a la teoría feminista**. Buenos Aires: Nueva Vision, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Feminismo y derechos humanos**. In: Los derechos humanos en las ciencias sociales: una perspectiva multidisciplinaria. México: CISAN-UNAM, FLACSO, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Os saberes subalternos e os Direitos Humanos**. In: Política de Direitos Humanos. São Paulo: Editora Hucitec, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Um saber insurgente ao sul do Equador**. Revista Periódicus, 1ª Edição maio – outubro 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Código Internacional de Doenças. CID 10. Disponível em <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm>. Acesso em 19 de novembro de 2014.

RIOS, Roger Raupp. Concepciones sobre la homosexualidad en las Cortes Constitucionales latinoamericanas. **Revista General de Derecho Constitucional** (Internet), v. 25, 2017.

RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog. Direitos Humanos, Transsexualidade e “Direito dos Banheiros”. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 06, n. 12, 2015. P. 196-227.

RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog; LEIVAS, Paulo G. C.; SCHAFER, Gilberto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTTI: panorama, potencialidade e limites. **Direito e Práxis**, v. 8, p. 1545-1576, 2017.

SALIH, Sara. **Judith Butler e a Teoria Queer**. Tradução de Guacira Lopes Louro. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

SUIAMA, Sérgio. **Um modelo autodeterminativo para o direito de transgêneros**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a.11, n. 37, p. 101 -139, Edição Especial 2012.

WEEKS, Jeffrey. **O corpo e a sexualidade**. In: O corpo Educado: pedagogias da Sexualidade. 3ª Edição. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

ZAMBRANO, Elizabeth. **Trocando os Documentos: um estudo antropológico sobre a cirurgia da troca de sexo**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós Graduação em Antropologia Social, 2003.





# O (DES)VALOR DO TRABALHO DA MULHER RURAL E O RECONHECIMENTO DE DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS NO BRASIL

6

Luciane Merlin Clève Kravetz<sup>1</sup>  
Tani Maria Wurster<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende demonstrar como a (não) atribuição de valor ao trabalho da mulher rural interfere na concessão de benefícios previdenciários às trabalhadoras que laboram sob o *regime de economia familiar* no Brasil.

Apesar de grandes avanços em termos de reconhecimento de direitos civis às mulheres, o seu confinamento histórico ao âmbito doméstico que por tanto tempo lhe roubou o direito ao trabalho, à voz, às decisões sobre suas próprias vidas, continua a determinar uma (des)valorização social e cultural do seu trabalho, o que acaba por gerar impactos na concessão de benefícios previdenciários.

A aposentadoria por idade rural, benefício concedido a trabalhadores rurais caracterizados como segurados especiais, pressupõe o reconhecimento do labor em *regime de economia familiar*, ou seja, atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.

O presente abordará como as expectativas em relação ao lugar da mulher, que se relaciona primordialmente à esfera privada, do cuidado do lar, do marido e dos filhos, promove uma desvalorização do seu trabalho produtivo, o que gera consequências na apreciação dos conceitos de *atividade indispensável* à

<sup>1</sup> Bacharel em direito pela Universidade Federal do Paraná. Email: lucianecleve@gmail.com

<sup>2</sup> Mestranda pela Universidade Federal do Paraná. Email: taniwurster@hotmail.com

*própria subsistência, e exercício do labor em condições de mútua dependência e colaboração, pressupostos para a concessão da aposentadoria por idade rural.*

O objetivo do presente estudo é, portanto, procurar entender em que medida as expectativas em relação ao trabalho da mulher, definidas pela sua alocação no espaço privado e de cuidado, interferem no sistema de concessão de benefícios previdenciários às *seguradas especiais*, trabalhadoras rurais no país.

## 1. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL E A (DES) VALORIZAÇÃO DO TRABALHO DA MULHER TRABALHADORA DO CAMPO

### 1.1. O REGIME ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A cobertura previdenciária contemplou tardiamente os trabalhadores rurais e, ainda assim, de forma mais restrita que os urbanos<sup>3</sup>.

A doutrina considera como marco inicial da proteção previdenciária no Brasil a publicação em 1923 da chamada Lei Eloy Chaves (Decreto Legislativo 4.682), que criou uma caixa de aposentadoria para os ferroviários. Posteriormente, foi editada a lei 3.807/60, Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), que unificou sob a mesma lei de regência os diversos regimes que se desenvolveram autonomamente desde a Lei Eloy Chaves.

Embora Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que prevê direitos aos trabalhadores urbanos tenha sido editada em 1943, uma lei ampla de proteção ao trabalhador rural somente foi publicada 20 anos mais tarde, em 1963, qual seja, o Estatuto do Trabalhador Rural (Lei 4.214/63). Tal legislação, embora tenha inaugurado a proteção previdenciária a trabalhadores rurais tornou-se inexecutável em razão do déficit orçamentário decorrente da escassa contribuição, calculada sobre a produção.

Assim, após a frustrada tentativa do Estatuto da Terra, a inserção do trabalhador rural na proteção previdenciária somente teve algum êxito com a promulgação da Lei Complementar 11/71, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (PRORURAL).

O art. 3º da Lei Complementar 11/71 passou a contemplar proteção ao trabalhador rural *em regime de economia familiar*, assim entendido o trabalho dos membros da família indispensável à própria subsistência e exercido em condições de mútua colaboração e dependência.

Ampliou a proteção, portanto, ao chamado *segurado especial*.

---

<sup>3</sup> Jane Lucia Wilhelm Berwanger esclarece historicamente a vulnerabilidade do trabalho rural: *“as origens do trabalho rural encontram-se na escravidão e na exploração dos imigrantes europeus, o que resultou na proteção precária desses trabalhadores e no aumento da força de empregadores rurais.”* (BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Segurado especial: o conceito jurídico para além da sobrevivência individual**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 37.)

Mas a proteção não foi suficientemente ampla para alcançar as mulheres.

É que, no caso do trabalhador rural em regime de economia familiar, o benefício era concedido por unidade familiar, e não por indivíduo, conforme art. 4º da Lei Complementar 11/71:

Art. 4º A aposentadoria por velhice corresponderá a uma prestação mensal equivalente a 50% (cinquenta por cento) do salário-mínimo de maior valor no País, e será devida ao trabalhador rural que tiver completado 65 (sessenta e cinco) anos de idade. Parágrafo único. Não será devida a aposentadoria a mais de um componente da unidade familiar, cabendo apenas o benefício ao respectivo chefe ou arrimo.

A aposentadoria por idade era concedida, portanto, apenas ao chefe ou arrimo de família.

Arrimo de família é expressão que representa o indivíduo que dá apoio, que sustenta o grupo familiar. A rigor, a definição independe de gênero.

O patriarcado, sobre o qual se sustentam os arranjos sociais e institucionais, determina, no entanto, que seja ele o homem, ainda que tanto a mulher quanto o homem exercessem atividade rural.<sup>4</sup>

Historicamente, às mulheres foi atribuído o trabalho doméstico, do lar, do cuidado dos filhos. A ordem masculina, a partir da qual se interpretam os dados, os fatos e o mundo, impõe que o trabalho invisível e não remunerado seja encargo da mulher. O espaço público, da luta, da razão e do pensamento, aquele que merece destaque e interesse, é histórica e socialmente associado ao masculino.<sup>5</sup>

O pertencimento à esfera doméstica atribui ao feminino um sentido de imanência: as mulheres laboram em atividades repetitivas, de manutenção, de nutrição. Atuam em trabalhos domésticos compatíveis com a maternidade. As mulheres tecem e fiam. Os labores domésticos “encerram-na na repetição e na imanência; reproduzem-se dia após dia sob uma forma idêntica que se perpetua quase sem modificação através dos séculos. Não produzem nada de novo”.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Embora em tese pudessem ser beneficiários homens e mulheres, na prática, geralmente os primeiros, por serem considerados os arrimos da família, é que os acabavam titularizando (já que somente poderia ser deferida uma aposentadoria por família). Somente as mulheres que fossem chefes de família é que poderiam receber benefício próprio, o que não era a regra. Era-lhes garantido, normalmente o benefício de pensão por morte, isto é, como dependente do trabalhador homem, e não propriamente como trabalhadora. (CAMARANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Tereza Pasinato. **Envelhecimento, condições de vida e política previdenciária**. Como ficam as mulheres? Rio de Janeiro: Ipea, 2002.)

<sup>5</sup> “Os homens são vistos como, sobretudo, ligados às ocupações da esfera da vida econômica e política e responsáveis por elas, enquanto as mulheres seriam responsáveis pelas ocupações da esfera privada da domesticidade e da reprodução” (OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, 16: 440, maio-agosto 2008, p. 308.)

<sup>6</sup> BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo: Fatos Mitos**. Tradução Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 102.

Às atividades masculinas, ao contrário, se liga um sentido de transcendência: os homens criam instrumentos novos, inventam, forjam o mundo. “O caso do homem é radicalmente diferente; ele não alimenta a coletividade à maneira das abelhas operárias mediante simples processo vital, e sim com atos que transcendem sua condição animal.” <sup>7</sup>

A ordem masculina determinava, portanto, que a mulher somente seria considerada arrimo de família na ausência do pai, do marido ou de um irmão.

O que se percebe do histórico acima descrito, portanto, é que a mulher trabalhadora rural, embora tenha acompanhado o trabalho da família desde muito cedo, inclusive no auxílio dos pais quando ainda menina, e depois no labor da terra juntamente com a sua família, marido e filhos, sofreu historicamente dupla omissão protetiva: é vulnerável porque labora na terra, e é vulnerável porque é mulher<sup>8</sup>.

Assim, se a inferioridade é marca do trabalhador do campo, à mulher ‘colona’ ou camponesa agregam-se as marcas da vulnerabilidade e invisibilidade, que acompanham historicamente a mulher. Nesse sentido as palavras de Enid Rocha Andrade Silva:

As idosas rurais acumularam, ao longo de suas vidas, uma série de desvantagens, dupla jornada de trabalho, discriminação salarial e/ou trabalho sem remuneração, além de entrarem mais cedo e permanecerem mais tempo ocupadas nas atividades rurais. Essas desigualdades sempre contribuíram para a maior precariedade das condições socioeconômicas das trabalhadoras rurais no Brasil.<sup>9</sup>

Vê-se, portanto, que, quando da inauguração da proteção do trabalhador do campo, mesmo que incipiente, desde logo o trabalho da mulher foi invisibilizado e desprezado.

A Lei Complementar 11/71, ao conceder benefícios previdenciários ao segurado especial chefe ou arrimo de família, porque reproduz a lógica patriarcal e propõe limites de aplicação construídos a partir do paradigma do trabalho masculino, deixou de reconhecer a mulher como indivíduo sujeito de direito.

Nas palavras de Simone Barbisan Fortes:

---

<sup>7</sup> BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**: Fatos Mitos. Tradução Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 102.

<sup>8</sup> Por outro lado, mais gravosa era a situação da mulher trabalhadora rural, dado estar situada em uma dupla situação de exclusão: de um lado, por integrar o gênero feminino, subalterno e inferiorizado; de outro, por integrar um setor laborativo também pouco considerado no âmbito da nascente proteção previdenciária, cujo foco eram os trabalhadores urbanos imersos em um processo de industrialização e tido como ‘modernização’ do país, com parcial abandono de sua vocação agrária. (FORTES, Simone Barbisan. A mulher trabalhadora Rural e a Previdência Social, *In*: **Previdência do trabalhador rural em debate**. 1ªed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 290).

<sup>9</sup> SILVA, Enid Rocha Andrade. Efeitos da Previdência Social Rural sobre a questão de gênero. *In*: DELGADO, Guilherme. CARDOSO JR., José Celso (Coord.). **A Universalização dos direitos sociais no Brasil**: a previdência rural nos anos 90. Brasília: Ipea, 2000, p. 103.)

A diferenciação de gênero, então, estava pautada pela inferioridade da inserção feminina, tanto assim que a mulher, esposa ou companheira, era sempre considerada dependente previdenciária, e, quando filha solteira, o era por mais tempo que o filho; ademais, a pensão por morte somente seria gerada pela mulher trabalhadora que viesse a falecer em relação ao marido inválido. Em outros termos, somente se admitia que a mulher fosse provedora quando homem fosse incapaz ou inválido para o trabalho.<sup>10</sup>

É que o confinamento histórico da mulher ao espaço doméstico, do cuidado do lar, da família e dos filhos, determina e constitui historicamente as percepções sobre a sua incapacidade de exercer trabalho produtivo. A mulher, mesmo que se reconheça seu trabalho, e que seja ele um trabalho tão duro e cansativo quanto o do homem, é tomada como mera auxiliar, que desempenha trabalho eventual e complementar.

Essa previsão legal, porque subtraiu da esfera jurídica da trabalhadora a decisão quanto ao destino do valor benefício, para além de invisibilizar o trabalho da mulher, impôs a ela, mesmo em se tratando de sujeito produtivo, a condição de dependência econômica do marido, realimentando um círculo vicioso de dependência e vulnerabilidade.

## **1.2. A NOVA PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA INAUGURADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A Constituição Federal de 1988 passou a prever a uniformidade e equivalência dos benefícios da seguridade social às populações urbanas e rurais, eliminando as desigualdades existentes até a sua promulgação.

Além de estabelecer a equivalência dos benefícios previdenciários a trabalhadores rurais e urbanos, a Constituição Federal de 1988 estendeu a proteção previdenciária para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exercessem suas atividades em regime de economia familiar (segurados especiais).

O princípio da universalidade consagrado constitucionalmente (art.194/CF) assim como o da igualdade (art. 5º/CF, I) alçaram as mulheres à condição formal de igualdade em relação aos homens. Vale dizer, em princípio, todos os requisitos para concessão de benefícios previdenciários passaram a serem previstos indistintamente entre homens e mulheres, assim como os riscos cobertos são, com algumas ressalvas – como o salário-maternidade, por exemplo – idênticos.

Como, na prática, era o homem que recebia aposentadoria por idade rural, por ser considerado arrimo de família, a nova ordem constitucional acabou por inaugurar o reconhecimento do valor do trabalho rural da mulher no regime de economia familiar, uma grande conquista, que se alastra para além do as-

---

<sup>10</sup> FORTES, Simone Barbisan. A mulher trabalhadora Rural e a Previdência Social. In: **Previdência do trabalhador rural em debate**. 1ªed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 295.

pecto financeiro, pois tem também impacto na esfera da liberdade individual, da confiança em si mesma e da visibilidade, como percebeu Anita Brumer<sup>11</sup>:

“É preciso salientar o valor simbólico do recebimento do benefício pelas mulheres. De pessoas que nunca haviam recebido remuneração pelos trabalhos realizados (Silva, 2000, p. 102), elas passam a ter uma conta e um cartão bancário em seus próprios nomes, recebendo seus benefícios regular e diretamente. O fato de receber o dinheiro da aposentadoria, da pensão e da licença-maternidade diretamente em seus nomes permite que elas próprias decidam como gastá-lo, o que aumenta seu poder pessoal. Por isso, de pessoas que, na terceira idade, passavam à condição de dependentes dos companheiros, filhos ou de outros parentes ainda em idade ativa, elas se tornam provedoras e administradoras de um dos poucos recursos existentes na unidade familiar, de produção com entrada regular, mês a mês”.

Entretanto, ainda hoje, a mulher encontra dificuldades para comprovar o exercício de atividade rural, trabalho que é quase uma extensão das tarefas domésticas, um conjunto de atribuições que acaba por se tornar invisível aos olhos dos outros e até dela mesma<sup>12</sup>, porque destituído de valor de mercado. O cenário é bem compreendido pelas palavras de Semira Adler Vaisencher e Adelia de Melo Branco<sup>13</sup>:

“O trabalho feminino rural é encontrado com frequência, sobretudo, na categoria *por conta própria*, muito comum às economias rurais que utilizam a mão-de-obra familiar. Nessas economias, não existe, na prática, uma separação entre casa e trabalho agrícola. Como a produção familiar ocorre em espaço contíguo ao domicílio, a própria trabalhadora rural tem dificuldade de diferenciar, entre as atividades que realiza, aquelas que efetivamente geram valor econômico. Os cuidados com a horta, com os animais domésticos e a preservação de alimentos quase nunca são contabilizadas como ocupações, no sentido econômico. Isto é, muitas vezes, o fator responsável de as estatísticas não conseguirem captar adequadamente a participação das mulheres rurais no produto social. Para a mulher rural, em regime de economia familiar, o trabalho agrícola é uma extensão de suas tarefas domésticas, e, portanto, trabalhar na lavoura é o mesmo que trabalhar *em casa*”.

<sup>11</sup> BRUMER, Anita. **Previdência social rural e gênero**. In Sociologias. Porto Alegre, ano 4, n. 7, jan/jun 2002, p. 74.

<sup>12</sup> “Ainda, se existentes, é a própria mulher quem promove o apagamento desses poucos vestígios, como produto da desvalorização da mulher por si mesma, de um pudor feminino que se estende à memória, de um silêncio substancial à noção de honra. São as próprias mulheres que julgam esses registros sem interesses, afinal, são apenas mulheres, cuja vida não conta muito.” (PERROT, Michelle. **Minha História das Mulheres**. Tradução Angela M. S. Côrrea. 2. ed. São Paulo: Contexto. 2016, p.21).

<sup>13</sup> VAISENCHER, Semira Adler e BRANCO, Adelia de Melo. Nem um tostão da previdência social: o caso das boias-frias idosas no semi-árido irrigado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 39, n. 155 jul/set 2002. p. 99.

No meio rural, a invisibilidade feminina se acentua pelos padrões culturais vigentes, segundo os quais, e apesar dos avanços normativos, a mulher é vista ainda como dependente e ajudante do homem e não como autônoma e titular de direitos individuais.

Remanesce, portanto, um descompasso entre a norma, que reconhece igual valor para o trabalho rural do homem e da mulher, e a realidade, na qual a mulher ainda aparece como coadjuvante de sua própria história de vida.

Contribui para a reforçar a dificuldade do reconhecimento do trabalho da mulher o arranjo institucional criado para a concessão de benefícios previdenciários ao trabalhador rural segurado especial.

Em cumprimento ao comando constitucional de proteção especial ao trabalhador rural, a legislação previdenciária brasileira criou um sistema especial de concessão de benefícios previdenciários aos trabalhadores caracterizados como *segurados especiais*, fundamentado na proteção do trabalho desenvolvido sob o *regime de economia familiar*.

A Lei 8.213/91, no art. 11, § 1º, define o regime de economia familiar:

“a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes”.

Tal proteção previdenciária independe de contribuições<sup>14</sup> e, como tal, exige do trabalhador a prova do labor na terra, nas circunstâncias acima elencadas.

Esse modelo de sistema, que protege o trabalhador rural por um lado, abre brechas para fraudes de outro. A existência de fraudes colaborou para o estabelecimento de regras que acabam burocratizando o sistema, assim como enrijecendo as premissas sobre as quais os operadores do direito analisam os critérios de reconhecimento dos trabalhadores rurais como segurados especiais.

Contribui ainda para reforçar essa dificuldade a presença de termos legais vagos e indeterminados, tais como *regime de economia familiar*, *trabalho indispensável à subsistência*, *mútua dependência e colaboração*, que confere ao operador do direito, seja a autoridade administrativa que aprecia os pedidos de concessão de benefícios, seja o juiz no caso de uma ação judicial, um largo juízo de discricionariedade na apreciação das provas trazidas pelo segurado.

---

<sup>14</sup> O elo de inclusão por excelência na sociedade é o trabalho remunerado. Apenas excepcionalmente o trabalho não remunerado gera vinculação previdenciária. A previdência social, como um sistema de seguro social que é, está indissociavelmente ligada à ideia de contribuição. A proteção social não contributiva fica a cargo da assistência social. Assim, entendemos ser essencial que haja produção agrícola para fins de comercialização, não adquirindo a qualidade de segurado especial aquele que planta apenas para subsistência, pois a contribuição do segurado especial para a previdência social decorre da comercialização do seu excedente, nos termos do art. 25 da LCPS, que concretiza o disposto no §8º do art. 195 da Lei Maior. (ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**: lei 8.213, de 24 de julho de 1991. 12a ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 61).

A ausência de critérios objetivos e o necessário exercício de um juízo de valor a respeito da modalidade de trabalho desenvolvida pelo produtor rural em nada contribuiu para a proteção previdenciária da mulher trabalhadora rural, porque o *poder simbólico*, que parte do paradigma do trabalho masculino para atribuir valor ao trabalho feminino, acabará fatalmente atuando na lógica da decisão.

Nas palavras de Pierre Bourdieu:

*A força simbólica é uma forma de poder que se exerce sobre os corpos, diretamente, e como que por magia, sem qualquer coação física; mas essa magia só atua com o apoio de predisposições colocadas, como molas propulsoras, na zona mais profunda dos corpos.*<sup>15</sup>

Ou seja, o arranjo institucional, que criou um modelo especial de concessão de benefícios previdenciários aos trabalhadores rurais caracterizados como *segurados especiais*, fundamentado na proteção do trabalho desenvolvido sob o *regime de economia familiar*, embora protetivo do trabalhador rural numa das cadeias de maior vulnerabilidade, impõe consequências quanto ao ônus da prova, que impacta de modo especial a mulher trabalhadora.

O trabalho da mulher rural, por não criar bens tangíveis que possam ser comprados, é considerado apenas como auxiliar e não é visto como *essencial à subsistência do grupo familiar*, o que impede sua qualificação como segurada especial e, conseqüentemente, o acesso à aposentadoria.

A falta de reconhecimento do trabalho da mulher rural é decorrência do nosso modelo econômico, que enaltece o que tem valor de troca ou, em outras palavras, o que pode ser colocado no mercado. O trabalho da mulher nos cuidados da casa, dos filhos, dos idosos, dos doentes é um considerado um recurso natural inesgotável e, pois, destituído de valor econômico.<sup>16</sup> Assim, não

---

<sup>15</sup> BORDIEU, Pierre, **A dominação masculina**; tradução Maria Helena Kühner. 13ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015, p. 50.

<sup>16</sup> Sobre o assunto, cite-se a lição de Maria Ignez Paulilo: “É desta tradição que surge a noção do trabalho doméstico como “improdutivo”, hierarquicamente inferior ao “produtivo”, e é desta hierarquia que deriva a visão do trabalho da mulher rural apenas como “ajuda” ao do marido, quase como um não-trabalho. A idéia de que só as atividades que podem ser vendidas são trabalho, faz com que mesmo quando a lógica não é a do esforço individualmente remunerado, caso da agricultura familiar, tenham maior importância as atividades daqueles que seriam mais valorizados no mercado de trabalho, ou seja, os homens. Jerzy Tepicht (1976) analisa a importância do que ele chama de “forças marginais” (mulheres, crianças e idosos) na persistência e competitividade da agricultura camponesa. Em uma cadeia de preconceitos entrelaçados sobre o pano de fundo da posição subordinada da mulher na sociedade, a herança, o casamento e o acesso da mulher à terra acrescentam mais elos à corrente já pesada de discriminações que são seu próprio cerne. O reconhecimento de que as mulheres não têm o mesmo acesso que os homens à posse e ao uso da terra, no mundo todo, é fenômeno já reiteradamente comprovado pela Sociologia e a Antropologia Rurais. Estudos realizados em várias regiões do Brasil mostram que não fugimos a esta regra. Por ser costume estabelecido desde os primórdios da colonização, muitos pesquisadores o tomam como tão internalizada pelos agricultores familiares que não exploram a possibilidade de revolta por parte de es-



entra no cálculo do produto interno bruto (PIB), que é o valor total dos bens e serviços trocados por dinheiro num país em determinado período. É como se não fosse necessário para que a roda da vida girasse, quando, bem lá no fundo, todos sabemos que a economia se alicerça sobre o trabalho doméstico invisível. É como ilustra Katrine Marçal<sup>17</sup>:

“A economista feminista Marilyn Waring observou o trabalho não remunerado de uma jovem das planícies de Lowveld, no Zimbábue. Ela acorda às 4 da manhã para levar um balde até o poço e voltar, caminhando 11 quilômetros. Três horas mais tarde, volta para casa com a água. Ainda descalça. Coleta madeira, lava a louça, cozinha o almoço, lava a louça de novo e depois sai para buscar vegetais. Pega água de novo, faz o jantar, os irmãos mais jovens têm de ser colocados na cama e o dia de trabalho acaba às nove. De acordo com os modelos econômicos, ela é improdutiva, não trabalha, é economicamente inativa. (...) O principal argumento para não incluir o trabalho doméstico no PIB é que em geral ele não é importante. A quantidade de trabalho doméstico em uma sociedade sempre será a mesma. Mas como os economistas podem saber disso se nunca o incluíram em suas estatísticas?”

A lógica de mercado explica o ínfimo valor econômico dado ao trabalho doméstico e à produção para o autoconsumo, o que acaba por afetar o reconhecimento da mulher rural como indivíduo autônomo e titular de direitos. “Nas sociedades atuais é muito frequente medirem-se todos os valores como se fossem de troca. Tudo aquilo que não tem preço, o que não se pode vender com lucro, tende a ser considerado algo sem valor”, alerta Yanis Varoufakis<sup>18</sup>.

Ocorre que, no regime de economia familiar, cada indivíduo contribui de alguma maneira para a subsistência. Embora a contribuição da mulher possa não ter valor de troca no mercado, já que se entrelaçam os papéis de mãe, esposa, dona de casa e agricultora, é essencial à família. É a mulher:

“a principal responsável por certos fatores imprescindíveis à sobrevivência, como, por exemplo, a reprodução da unidade familiar, o abastecimento de água, o desempenho de atividades destinadas à alimentação da família, o cuidado com os filhos, com os idosos e com

---

posas e filhas. O fato do assunto ser uma espécie de “tabu” dificulta sobremaneira qualquer aproximação. Porém, desde que ouvimos, pela primeira vez, há muitos anos, o desabafo de uma agricultora já idosa que, aproveitando-se de um momento em que estávamos sozinhas, me disse da revolta que sentia por ter “trabalhado tanto quanto seus irmãos na propriedade dos pais” e nada ter recebido de terra, apenas um “dote”, passamos a insistir neste tema, comprovando sempre que, de tão nevrálgica, é preciso que se chegue a esta exclusão passo a passo e “pelas laterais”. (PAULILO, **Trabalho doméstico**: reflexões a partir de Polanyi e Arendt, acessível em: [http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c-v8n1\\_ignez.htm](http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c-v8n1_ignez.htm)).

<sup>17</sup> MARÇAL, Katrine. **O lado invisível da economia. Uma visão feminista**. São Paulo: Alaúde Editorial, 2017. p. 66.

<sup>18</sup> VAROUFAKIS, Yanis. **Conversando sobre economia com minha filha**. São Paulo: Planeta, 2015. p. 37.

os demais membros da unidade de reprodução da força de trabalho que possam vir a adoecer, entre outros<sup>19</sup>”.

É justamente a indispensabilidade de seu trabalho no regime de economia familiar que deveria ser considerado para atribuir à mulher rural a qualidade de segurada especial e, assim, a titularidade de direitos previdenciários, mesmo que suas atividades não tendam à comercialização e, bem por isso, carreguem um valor intangível e não precificado.

A incorporação ao sistema de previdência da mulher rural que trabalha com a família passa pela atribuição de valor às suas atividades, voltadas à casa e à produção para o autoconsumo, com isto tornando visível um considerável contingente da população feminina ainda à margem da conquista dos direitos sociais e da autonomia de vida.

A efetivação dos direitos sociais das trabalhadoras rurais passa necessariamente pela percepção do contexto social em que se inserem e das dificuldades que encontram na comprovação de suas atividades, mas, especialmente, pelo reconhecimento de suas atribuições, que entrelaçam tarefas domésticas e produção destinada sobretudo ao autoconsumo, como trabalho e fonte de valor.

Oscar Wilde disse que “o cínico é um sujeito que sabe o preço de tudo e o valor de nada”. Se é assim, este texto trata um pouco da tentativa de se afastar o cinismo na análise do papel feminino no regime de economia familiar. Ainda que destituído de preço, em prestígio ao princípio da igualdade, é imperioso reconhecermos o valor e a imprescindibilidade do trabalho da mulher para a sobrevivência da família, o que é suficiente para lhe atribuir os mesmos direitos que são conferidos ao homem, retirando-a da invisibilidade a que tem sido relegada ao longo da história.

## 2. CONCLUSÃO

**O presente artigo pretendeu demonstrar como a (não) atribuição de valor ao trabalho da mulher rural interfere na concessão de benefícios previdenciários às trabalhadoras que laboram sob o regime de economia familiar no Brasil.**

**As expectativas em relação ao lugar da mulher, que se relaciona primordialmente à esfera privada, do cuidado do lar, do marido e dos filhos, promove uma desvalorização do seu trabalho produtivo, o que gera consequências na apreciação dos conceitos de *atividade indispensável à própria subsistência, e exercício do labor em condições de mútua dependência e colaboração*, pressupostos para a concessão da aposentadoria por idade rural.**

---

<sup>19</sup> VAISENCHER, Semira Adler e BRANCO, Adelia de Melo. Nem um tostão da previdência social: o caso das boias-frias idosas no semi-árido irrigado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 39, n. 155 jul/set 2002. p. 99.

**Tais singularidades impactam de modo muito particular a concessão do benefício previdenciário da aposentadoria por idade rural às trabalhadoras do campo caracterizadas como *seguradas especiais*.**

**Os trabalhadores rurais brasileiros foram contemplados pela legislação previdenciária tardiamente, revelando a vulnerabilidade que caracteriza o labor no campo.**

Às mulheres trabalhadoras rurais, acrescenta-se ainda a inferioridade que marca o feminino, revelando dupla omissão de proteção: quando a lei passou a proteger os trabalhadores rurais em regime de economia familiar, o fez a partir da inclusão como beneficiário apenas do chefe ou arrimo de família. Essa previsão legal, porque subtraiu da esfera jurídica da trabalhadora a decisão quanto ao destino do valor benefício, para além de invisibilizar o trabalho da mulher, impôs a ela a condição de dependência econômica do marido, realimentando um círculo vicioso de dependência e vulnerabilidade.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um regime de proteção previdenciária rural que passou a garantir, de modo inédito, proteção igualitária entre trabalhadores urbanos e rurais, homens e mulheres. Isso não impediu, no entanto, que às mulheres fosse reservado um *status* inferior de proteção previdenciária, determinado pelo *poder simbólico*.

**Ao trabalhador rural, segurado especial, para que possa exercer o direito à aposentadoria por idade rural, exige-se a prova do trabalho rural em regime de economia familiar, para o que é imprescindível a prova do trabalho rural indispensável à própria subsistência, ou seja, a prova da essencialidade do trabalho na terra.**

A mulher encontra dificuldades para comprovar o exercício de atividade rural, trabalho que é quase uma extensão das tarefas domésticas, um conjunto de atribuições que acaba por se tornar invisível aos olhos dos outros e até dela mesma, porque destituído de valor de mercado.

O trabalho da mulher rural, por não criar bens tangíveis que possam ser comprados, é considerado apenas como auxiliar e não é visto como essencial à subsistência do grupo familiar, o que impede sua qualificação como segurada especial e, conseqüentemente, o acesso à aposentadoria.

Assim, embora haja igualdade formal entre homens e mulheres no campo, é verdadeiro que os paradigmas culturais e sociais sobre os quais se assenta a situação peculiar das mulheres, qualificada pela invisibilidade e vulnerabilidade, somados aos arranjos institucionais criados pelo sistema responsável pelo reconhecimento dos direitos previdenciários às mulheres, ainda continuam a impor uma diferença de *status* às mulheres trabalhadoras rurais em comparação aos homens.

As percepções e pretensões que atribuem historicamente (des)valor ao trabalho da mulher, sempre considerado eventual, auxiliar, menor e mais baixo, impõem dificuldades ainda mais profundas à trabalhadora do campo para comprovar a essencialidade do seu trabalho, indispensável para o exercício dos direitos de proteção previdenciária.

Ainda que destituído de preço, em prestígio ao princípio da igualdade, é imperioso reconhecermos o valor e a imprescindibilidade do trabalho da mulher para a sobrevivência da família, o que é suficiente para lhe atribuir os mesmos direitos que são conferidos ao homem, retirando-a da invisibilidade a que tem sido relegada ao longo da história.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEAUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo: Fatos e Mitos.** Tradução Sérgio Milliet. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Segurado especial: o conceito jurídico para além da sobrevivência individual.** Curitiba: Juruá, 2013.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina.** Tradução Maria Helena Kühner, 13ª ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

BRUMER, Anita. **Previdência social rural e gênero.** In Sociologias. Porto Alegre, ano 4, n. 7, jan/jun 2002.

CAMARANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Tereza Pasinato. **Envelhecimento, condições de vida e política previdenciária.** Como ficam as mulheres? Rio de Janeiro: Ipea, 2002.

FORTES, Simone Barbisan. A mulher trabalhadora Rural e a Previdência Social. In: **Previdência do trabalhador rural em debate.** 1ªed. Curitiba: Juruá, 2009.

MARÇAL, Katrine. **O lado invisível da economia. Uma visão feminista.** São Paulo: Alaúde Editorial, 2017

OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. **Revista de Estudos Feministas.** Florianópolis, 16: 440, maio-agosto 2008.

PAULILO, Maria Ignez, **Trabalho doméstico: reflexões a partir de Polanyi e Arendt.** Acessível em: [http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c-v8n1\\_ignez.htm](http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c-v8n1_ignez.htm).

PERROT, Michelle. **Minha História das Mulheres.** Tradução Angela M. S. Corrêa. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2016.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JR., José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social: lei 8.213, de 24 de julho de 1991.** 12a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Enid Rocha Andrade. Efeitos da Previdência Social Rural sobre a questão de gênero. In: DELGADO, Guilherme. CARDOSO JR., José Celso (Coord.). **A Universalização dos direitos sociais no Brasil: a previdência rural nos anos 90.** Brasília: Ipea, 2000.

VAISENCHER, Semira Adler e BRANCO, Adelia de Melo. Nem um tostão da previdência social: o caso das boias-frias idosas no semi-árido irrigado. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília a. 39, n. 155 jul/set 2002.

VAROUFAKIS, Yanis. **Conversando sobre economia com minha filha.** São Paulo: Planeta, 2015.

# AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SELETIVIDADE PENAL

7

*Philippe Benoni Melo e Silva<sup>1</sup>*  
*Alexandre Morais da Rosa<sup>2</sup>*  
*Aury Lopes Jr.<sup>3</sup>*  
*Lorena Alves Ocampos<sup>4</sup>*

## INTRODUÇÃO

Em 1920, Karl Binding publicou a obra *Die Freigabe der Venichtung lebensunwerten Lebens*, algo que pode ser traduzido como “A autorização do aniquilamento da vida indigna de ser vivida”. Nessa obra, Binding buscava explicar a impunidade do suicídio, abordando a decisão soberana do ser humano em relação ao poder que tem sobre si mesmo, e a legitimidade da eutanásia para aquele sujeito que possuísse uma vida “indigna de ser vivida”.

O conceito de “vida indigna de ser vivida”, de acordo com Binding, depende da resposta que se dê à seguinte pergunta: existem vidas humanas que perderam a tal ponto a qualidade de bem jurídico, que a sua continuidade, tanto para o portador da vida como para a sociedade, deixou de fazer sentido porque desfez-se permanentemente todo o seu valor?<sup>5</sup> Para o professor alemão, a competência para decidir sobre a capacidade soberana de aniquilamento da vida deveria ser do próprio sujeito que vive uma “vida indigna”.

<sup>1</sup> Advogado. Mestrando em políticas públicas, processo e controle penal. Especialista em Direito Público e Direitos Indisponíveis.

<sup>2</sup> Doutor em Direito (UFPR). Professor da UFSC e UNIVALI. Juiz de Direito (TJSC)

<sup>3</sup> Advogado. Doutor em Direito Processual Penal. Professor Titular no Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

<sup>4</sup> Juíza de Direito Substituta do TJDF. Lotada no Núcleo de Audiência de Custódia. Pós-graduada em Direito e Contemporaneidade.

<sup>5</sup> BINDING, Karl; HOCHÉ, Alfred. *Die Freigabe der Venichtung lebensunwerten Lebens*. Editora Felix Meiner, Leipzig, 1922. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/44565/44565-h/44565-h.htm>

Não é a intenção desse artigo assumir uma posição em relação ao suicídio ou a eutanásia. Objetiva esta introdução traçar um paralelo sobre a prática que categorizava uma “vida sem valor” e, conseqüentemente, “indigna de ser vivida”, com o sujeito merecedor de um processo penal digno e, conseqüentemente, digno de receber as garantias previstas na Constituição Federal e nos tratados sobre direitos humanos que o Brasil é parte.

Afinal, parafraseando Binding, existem pessoas que perderam a tal ponto a qualidade de sujeito de direitos, que não merecem a aplicação dos direitos fundamentais básicos previstos no ordenamento jurídico? Os princípios e valores constitucionais poderiam ser aniquilados em detrimento de determinada vida humana que não é digna de receber a aplicação desses princípios? Quem seria esse soberano com a competência de aniquilar direitos e garantias individuais do ser humano em um processo?

O direito penal tem recebido constantes críticas por alcançar apenas a camada social menos favorecida. Todavia, nos últimos anos, a população tem notado uma mudança de rumos, na medida em que os atores políticos dos mais altos escalões que, antes, eram considerados imunes ao sistema penal, hoje são alcançados por investigações, processos, condenações e prisões. Essa sensação de mudança pode ser considerada real? Teria a balança da justiça perdido o seu ponto de equilíbrio? Existe, de fato, uma mudança de paradigmas penais para se tratar todos de forma materialmente igualitária?

Esse artigo, de maneira pontual, e, ainda assim, sem esgotar a matéria, aborda os tópicos referentes à audiência da custódia e ao exercício de poder do Estado sob a perspectiva de implementação dessas políticas públicas, após o julgamento da Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347-Distrito Federal, pelo Supremo Tribunal Feral, considerando, especialmente, o Aviso n.º 80/2015, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que determinou a não realização de audiências de custódias nos casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.

A decisão tomada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já revela a seletividade de um sistema penal totalitário que, conforme será demonstrado, desrespeita princípios humanos fundamentais de um processo penal democrático.

## **1. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E CULTURA DE AUDIÊNCIA: UMA MUDANÇA NECESSÁRIA**

Os arts. 306 e 310, do Código de Processo Penal, são silentes quanto ao prazo para que o juiz decida sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva e de apresentação pessoal do detido à presença do magistrado. Esses artigos apenas estabelecem que a prisão de qualquer pessoa deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente; que os autos da prisão em flagrante devem ser encaminhados ao juiz em até 24 horas após a realização da prisão; e que, ao receber os autos, o juiz deverá aplicar as medidas do art. 310.

Parte da doutrina entende que o juiz teria um prazo global de 72 horas para se manifestar sobre a convalidação da prisão, uma vez que a autoridade policial dispõe de um prazo de 24 horas para remeter os autos de prisão ao magistrado e este dispõe de um prazo de 48 horas, em regra, para a concessão da fiança (parágrafo único, do art. 322 do CPP), que é elencada como uma das medidas cautelares do art. 319<sup>6</sup>.

Ocorre que o simples encaminhamento dos autos da prisão em flagrante não tem o condão de prover a plena aplicação da garantia prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, que o Brasil é parte, os quais são dotados de *status* normativo supralegal, de acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal<sup>7</sup>. E isso porque o art. 7.º, § 5.º, da Convenção, dispõe que “*toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais*”. De sua vez, de forma semelhante, o art. 9.3. do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, aduz que “*qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença*”.

Em função dessa necessidade – apresentação da pessoa detida ao magistrado competente, é que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem decidido que o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz a garantia de que o detido deve comparecer pessoalmente e prestar suas declarações perante a autoridade judicial<sup>8</sup>.

Nota-se, portanto, que o encaminhamento dos autos é medida protocolar de índole meramente formal. Porém, o comparecimento pessoal do detido à presença do magistrado é medida substantiva. É mediante a apresentação pessoal do flagranteado perante a autoridade judicial que se confere ao magistrado ferramenta mais eficaz para verificar a legalidade da prisão, a necessidade de decretação da prisão preventiva ou medidas cautelares diversas, a ocorrência de abusos, bem como a possibilidade de valorar as explicações do atuado por ocasião da prisão.

A audiência de custódia também desempenha um importante papel na efetivação de determinadas garantias previstas no Código de Processo Penal em relação ao flagrante (que é uma medida pré-cautelar)<sup>9</sup> e a manutenção ou

<sup>6</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 4 ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Ed Juspodium, 2016. p. 2750

<sup>7</sup> RE 466.343/SP e no HC 87.585/TO.

<sup>8</sup> Acosta Calderón contra Equador, disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_129\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf)

<sup>9</sup> Sobre o tema sugerimos a leitura das obras “Direito Processual Penal” e “Prisões Cautelares”, ambas de autoria de Aury Lopes Jr e publicadas pela editora Saraiva. Nelas é aprofundada

não da prisão (agora com o caráter cautelar, seja pelo viés da prisão preventiva ou temporária).

O primeiro deles é o art. 282, § 3º do CPP, que assegura o contraditório diante do pedido de medidas cautelares. Em se tratando de prisão cautelar direta, como regra é inviável o contraditório prévio ao pedido, somente podendo ser exercido no caso de descumprimento das medidas cautelares diversas do art. 319, ou seja, contraditório prévio à decretação da prisão preventiva para que o imputado eventualmente possa justificar o descumprimento ou comprovar sua inocorrência. Contudo, a audiência de custódia é um momento crucial para efetivação do contraditório no caso da prisão em flagrante e, principalmente, para garantir a oitiva do detido e sua defesa com vistas a impedir a manutenção da prisão (agora não mais como flagrante, mas sim como temporária ou preventiva).

Essa audiência para discutir a ‘custódia’ do preso, permite que ele seja ouvido e apresente sua versão sobre a própria prisão (não um interrogatório de mérito, mas apenas uma ‘entrevista’), como determina a Resolução 213. Isso possibilita ao juiz avaliar melhor a legalidade ou não do flagrante, bem como a suficiência e adequação das medidas cautelares diversas, deixando a prisão cautelar como *ultima ratio* do sistema.

Mas são, sem dúvida, os arts. 310 e 319 os mais beneficiados pela realização da audiência de custódia. Nada melhor do que uma ‘audiência’, que efetive a ‘oralidade’ e o contato direto do juiz com o caso penal e o imputado, para decidir sobre a homologação ou não da prisão em flagrante e a concessão de liberdade provisória com ou sem medidas cautelares diversas, reservando a prisão preventiva (ou mesmo temporária) como último instrumento de controle da liberdade individual.

Outro problema crônico do modelo brasileiro está na chamada ‘conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva’. Uma leitura míope do art. 310 do CPP levou a que os juízes e alguns tribunais brasileiros (inclusive o STJ) entendessem que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante poderia – sem pedido algum do Ministério Público ou representação da autoridade policial – simplesmente ‘converter’ a prisão em flagrante em prisão preventiva. Eis um grande equívoco. Na essência, essa ‘conversão’ nada mais é do que uma ‘decretação’ de prisão preventiva, por elementar. O problema está no fato de que, na essência, o juiz está decretando a prisão preventiva de ofício, violando toda a epistemologia constitucional-acusatória, ferindo de morte a imparcialidade e rasgando o disposto no art. 311 do CPP que veda – expressamente – que o juiz decrete a prisão preventiva de ofício na fase pré-processual. Não há como fugir disso, exceto pelo viés autoritário do decisionismo, de um verdadeiro ‘dizer–qualquer–coisa–sobre–qualquer–coisa’, na clássica crítica de Lenio STRECK<sup>10</sup>.

---

a análise do caráter precário e da pré-cautelaridade (ou prelúdio subcautelar como prefere Cordero) da prisão em flagrante.

<sup>10</sup> São inúmeros os trabalhos em que Lênio Streck critica o decisionismo, mas nesse ponto cumpre destacar o pensamento contido na obra “O que é isto: decido conforme a minha



Com a efetivação da audiência de custódia, implanta-se um terreno fértil para a ‘cultura de audiência’, com oralidade, imediação e contraditório pleno. Logo, presente o Ministério Público, não há motivo que justifique um agir de ofício do juiz para decretar a prisão preventiva (mesmo chamando de ‘conversão’). Portanto, tudo está posto para que exista uma mudança de cultura e postura dos juízes neste momento.

Mas e a resistência na sua implantação? É fruto de uma cultura inquisitória e punitivista arraigada nas práticas judiciárias brasileiras, que faz com se resista ao máximo à qualquer instrumento ou prática que busque ampliar o nível de respeito e eficácia aos direitos fundamentais do imputado. Se fosse o contrário, uma medida restritiva de direitos fundamentais – ainda que absurda – teria ampla e rápida aceitação, basta ver o péssimo exemplo dado pela decisão proferida no HC 126.292/STF..

A audiência de custódia busca legitimação na reconhecida necessidade de se dar efetivo cumprimento e valorização a pauta de Direitos Fundamentais assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil e pelos Tratados Internacionais dos quais é signatário, prestando-se, de forma concreta e imediata, a algumas finalidades como:

Ajustar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos;

Promover um encontro do juiz com o preso, superando-se a fronteira do papel, não sendo um mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado. Dessa forma, o preso não vai ser colocado na frente do juiz apenas meses depois na audiência de instrução e julgamento.

Assegurar uma célere análise da situação jurídica da prisão, antes do ingresso do autuado no sistema penitenciário, a fim de que seja exercido um controle acerca da legalidade e real necessidade da custódia antecipada, evitando, com isso, o nocivo contato com o ambiente carcerário e o encarceramento antecipado de pessoas que poderiam, desde o início, responder em liberdade;

Dar efetiva oportunidade de a autoridade judiciária analisar a situação do detido mais a fundo, havendo uma humanização do procedimento de apreciação sobre a necessidade de manutenção ou não de uma prisão cautelar;

Inibir atos como de tortura, maus tratos, tratamento cruel e degradante que tenham sido despendidos contra os presos no ato de sua detenção ou até a chegada à audiência, sejam esses atos realizados por agentes estatais ou mesmo agressão por parte de outros presos que teve contato. Tais atos de violação a direitos fundamentais, apesar de ilegais, e dos muitos avanços no combate a essas práticas, ainda são recorrentes e uma realidade no país.

Assim, além da violação convencional e constitucional em não apresentar o preso, sem demora, à autoridade judicial, esse quadro de violação sistemática foi capaz de criar um “estado de coisas inconstitucional” no

---

consciência?’, 5ª edição, publicada pela editora Livraria do Advogado.

sistema penitenciário brasileiro, demandando que o Estado adotasse providências formais e estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos.

De acordo com a Corte Constitucional da Colômbia, esse quadro inconstitucional de coisas está configurado com a presença de três pressupostos: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades<sup>11</sup>.

## 2. UM ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O estado de coisas inconstitucional foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 347 MC/DF, onde se vislumbrou a presença desses pressupostos que estavam transformando as penas aplicadas em verdadeiras torturas institucionalizadas. Ademais, a precariedade do sistema prisional e o tratamento desumano conferido aos presos, não são problemas apenas destes, pois, a sociedade livre sofre os reflexos dessa política sob a forma de mais violência<sup>12</sup>.

Em linha de correção, o autor do voto condutor da Medida Cautelar da ADPF 347, Ministro Marco Aurélio, deixou consignado em seus fundamentos que “o Judiciário, ao implementar número excessivo de prisões provisórias, coloca em prática a “cultura do encarceramento”, que, repita-se, agravou a superlotação carcerária e não diminuiu a insegurança social nas cidades e zonas rurais”. Portanto, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, a “cultura do encarceramento” além de agravar a situação de superlotação carcerária não contribui para a diminuição da insegurança.

Nesse passo, a reforma do sistema penitenciário para a modificação de toda a estrutura carcerária, além de promover um novo acultramento constitucional por parte dos atores envolvidos, demanda toda uma racionalização do sistema penal, estrutural, pessoal, administrativo, dentre outros. Todavia, medidas mais fáceis de serem implementadas podem e devem ser aplicadas. Afinal, qual o papel que o Poder Judiciário está legitimado a desempenhar diante do estágio elevadíssimo de inconstitucionalidades no sistema penal? Pode o garantidor das regras do jogo selecionar se este ou aquele crime, este ou aquele agente, merece a tutela de proteção judicial ou esta ou aquela medida que merece ser aplicada?

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia n° SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004

<sup>12</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. Revista de Direito Administrativo n° 254, 2010.

Como bem afirma Aury Lopes Jr., não basta a existência de um Poder Judiciário, deve-se perquirir quem é esse juiz, quais garantias ele deve possuir (e aplicar) e a serviço de que(m) ele está<sup>13</sup>.

É certo que as garantias orgânicas da magistratura conferem ao juiz certa independência na sua posição funcional em relação aos demais poderes do Estado<sup>14</sup>, devendo o juiz ser visto como a exterioridade do sistema político. Não como sujeito representativo, mas sim, como sujeito garantidor dos direitos e garantias fundamentais.

O Judiciário, especialmente em matéria penal, não é sujeito representativo, porque o juiz não deve decidir de acordo com a maioria. O Poder Judiciário é, por essência, contramajoritário. Sua legitimidade democrática não vem da vontade da maioria, mas sim do caráter democrático da Constituição Federal.<sup>15</sup>

Assim é que essa independência não significa liberdade plena, mas liberdade limitada pela Constituição e seus princípios estabelecidos. Vale dizer: são os princípios constitucionais que devem orientar a práxis judiciária, e não o contrário. Se o magistrado, no exercício da função constitucional que lhe é conferida, passar a agir conforme suas próprias convicções, não haverá exercício de poder jurisdicional, mas simples imposição de poder pelo poder.

Dessa forma, por reconhecer, já em medida cautelar, o quadro inconstitucional presente no sistema prisional, é que o Supremo Tribunal Federal determinou a realização, por todos os juízes e tribunais do país, que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão.

Como notório, nem a Convenção Americana de Direitos Humanos, nem o Pacto de Direitos Civis e Políticos e nem a decisão do Supremo Tribunal Federal estabeleceram critérios limitadores para a aplicação das garantias consagradas na Convenção e no Pacto.

O Conselho Nacional de Justiça, em 15 de dezembro de 2015, como forma de regulamentar os procedimentos a serem adotados para a implementação da audiência de custódia, editou a Resolução n.º 213, com vigência a partir de 1º de fevereiro de 2016, aduzindo que “*toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão*”.

Ocorre que, mesmo diante desse quadro de (intenção de) transformação de um estado de coisas inconstitucional, parecem existir mentes que pensam a

---

<sup>13</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 14 ed – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 59.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón – teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. 2 ed. Madrid, Trotta, 1997. p. 539

<sup>15</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. p. 61

favor de um Estado de Polícia constante e buscam o poder punitivo arbitrário e sem limites.

Por isso é que se deve fortalecer as garantias processuais penais como forma de resistir a ingerência desmedida do Estado.

### 3. O EXEMPLO DO DISTRITO FEDERAL

Como forma de dar aplicabilidade dos direitos reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, nessa quadra, aderiu prontamente à aplicação da audiência de custódia, empenhando-se em dar efetividade aos valores que se buscam tutelar, desde a entrada em vigor da Resolução n.º 213, de 2015, por meio da criação do chamado Núcleo de Audiência de Custódia – NAC, ainda em outubro de 2015, viabilizando, para tanto, um aparato estrutural preparado para receber o contingente de pessoas envolvidas nas audiências de custódia, bem como regulamentando, internamente, sua atuação ininterrupta, inclusive no período de Recesso Forense.

O Distrito Federal é a primeira unidade da federação a ter todo o seu território coberto pelas audiências de custódia, além de garantir a apresentação de 100% dos presos em flagrante, não havendo ressalvas quanto ao tipo penal. Dessa forma, o TJDFT conhece das comunicações de prisão em flagrante que tenham como objeto a apuração da prática de qualquer delito, inclusive de prática de crime relacionado à violência doméstica e familiar contra a mulher.

A despeito da instalação do projeto ainda em outubro de 2015, momento em que se iniciaram as atividades das audiências de custódia no âmbito do TJDFT, somente a partir de fevereiro de 2016 foi possível a coleta e o tratamento dos dados estatísticos com maior segurança e precisão. Em observância ao princípio da transparência, as estatísticas do NAC são disponibilizadas mensalmente no site do TJDFT, propiciando o livre acesso à informação.

Os resultados alcançados e aferidos por meio das estatísticas produzidas demonstram que se trata de uma evolução no tratamento da situação processual dos autuados, sendo, ademais, instrumento indispensável à própria manutenção do equilíbrio do sistema prisional.

Além das vantagens mencionadas quando cumprida a apresentação do preso, facilitar a concessão de medidas para proteger as mulheres vítimas de violência doméstica foi mais uma das conquistas das audiências de custódia. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios foi um dos primeiros a aplicar as medidas previstas na Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/2006) diretamente nas audiências de custódia. A partir de janeiro de 2016, deu início à prática e, desde então, garantiu a concessão de 1.747 medidas protetivas de urgência.

De acordo com os dados gerais colhidos desde a implantação em 14/10/2015 até 31/07/2017<sup>16</sup>, 20.095 pessoas presas foram apresentadas ao

---

<sup>16</sup> Estatísticas do Núcleo de Audiência de Custódia do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – Relatório 2015 – 2017.

Núcleo de Audiência de Custódia do DF. No ano de 2016, 1049 medidas protetivas de urgência foram deferidas em audiência de custódia, e, no ano de 2017, 698 medidas protetivas de urgência. Ameaça, injúria, perturbação da tranquilidade e lesão corporal foram as agressões mais comuns atribuídas aos atuados em violências doméstica e familiar contra a mulher.

Recentemente, a Justiça do Distrito Federal começou a utilizar o monitoramento eletrônico com o uso de tornozeleiras<sup>17</sup> como medida cautelar anterior à condenação (art. 319, IX, CPP), sendo uma das medidas que devem ser privilegiadas em detrimento da prisão preventiva e que se mostra eficaz na fiscalização do cumprimento das medidas protetivas de urgência. A concessão da monitoração eletrônica é feita em audiência de custódia e utilizada em prol da segurança da mulher e a um novo acultramento do agressor.

#### **4. A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

A lógica que deve reger o sistema de justiça criminal é entender que o nascimento dos direitos e garantias do preso nascem no momento da prática do delito, e não somente após o início do processo<sup>18</sup>. E, se antes do início do processo, esse sistema de garantias já estava concebido, a aplicação deve ser impositiva. Não cabe fazer discriminações, pois todo cidadão é merecedor de garantias, pelo simples fato de ser pessoa.

Assim, foi por meio do Aviso n.º 80/2015 que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro determinou “*aos magistrados, escrivães, responsáveis pelo expediente, secretários de juízes e demais servidores em atuação nas serventias de primeiro grau com competência criminal e especial de violência doméstica e familiar contra a mulher, que a Central de Audiência de Custódia, instalada nos termos da Resolução n. 29/2015, por se tratar de Projeto Piloto, não conhecerá das comunicações de prisão em flagrante que tenham como objeto apuração de prática de crime relacionado à violência doméstica e familiar contra a mulher*”.

Caminhando por uma via diametralmente oposta a um direito penal democrático, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro traçou limites num campo que deveria ser livre de fronteiras e invadiu esferas de direito onde antes apenas Estados totalitários agiam da mesma forma.

Adotando uma teoria do processo penal conforme a teoria dos jogos, tal prática pode ser caracterizada, de acordo com Morais da Rosa, como *doping processual*, situação na qual o juiz manipula o dispositivo legal para inserir mé-

---

<sup>17</sup> Portaria Gabinete da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios n.º 141 de 13 de setembro de 2017.

<sup>18</sup> MARCON, Adelino. O princípio do juiz natural no processo penal. Curitiba, Juruá, 2004. p. 47 e ss.

todo em desconformidade com as práticas democráticas com a finalidade de alcançar seus objetivos processuais<sup>19</sup>.

É bem sabido que o número de casos envolvendo violência doméstica e familiar contra mulher tem aumentado nos últimos anos. Mas, isso não é motivo suficiente para privar o cidadão da aplicação de direitos assegurados em um Estado Democrático de Direito. São necessárias políticas públicas em prol da segurança da mulher e um novo acultramento do agressor.

Conforme já defendido<sup>20</sup>, essa expansão do Direito Penal está sendo construída com fundamento na premissa da imperiosa necessidade de se tornar efetiva a aplicação da pena, independentemente de qualquer fato. Essa premissa, contudo, quando desenvolvida como um fim em si mesma, promove a supressão das garantias processuais fundamentais do cidadão. Sob essa ótica, enquanto ocorre a expansão do Direito Penal, haveria a contração do direito processual penal, com a violação de direitos basilares. Por certo, uma mudança de paradigma que rendesse homenagens a esse tipo de expansão do Direito Penal e hostilizasse as garantias fundamentais não alcançaria os objetivos da segurança pública, da paz social, legitimidade de aplicação da lei penal e direitos e garantias fundamentais.

Ao se deparar com a imposição do poder pelo poder cometida pelo TJRJ, que dava tratamento diferenciado e seletivo aos conduzidos a depender do crime praticado, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro ingressou com uma Reclamação no STF, demonstrando a flagrante violação aos preceitos constitucionais e ao decidido na ADPF 347, quadro que evidencia a violação dos direitos humanos fundamentais dos custodiados.

Dessa forma, já em sede liminar, o Ministro Marco Aurélio<sup>21</sup> determinou que o TJRJ observasse, inclusive nos delitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, a obrigatoriedade da realização das audiências de custódia no Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 24 horas.

Não se pode desconsiderar o mandamento convencional contido no art. 7.5 da CADH, que determina que “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, não abrindo espaço para uma exegese que exclua deste mandamento os suspeitos de determinados crimes. Seria uma quebra (injustificada) da regra de igualdade de tratamento, criando um verdadeiro processo penal do inimigo (obviamente com o inimigo sendo elegido a la carte).

---

<sup>19</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Gui do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 362

<sup>20</sup> SILVA, Philipe Benoni Melo e. Proteção de bens jurídicos e manutenção das garantias processuais: o desafio da expansão do Direito Penal na pós-modernidade. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 74, p. 104-122, out./nov. 2016.

<sup>21</sup> Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 27.206 MC/RJ.

## CONCLUSÕES

O fato é que precisa-se de uma mudança de mentalidade. De nada adianta determinar a implementação das audiências de custódia para todo e qualquer crime e continuar tratando o conduzido com uma mentalidade de etiquetamento, afinal “*a capacitação deveria ultrapassar a esfera da forma, do procedimento, e alcançar uma política minimalista de alterações estruturais com vistas à expansão da liberdade, aumentando ferramentas para a manutenção da presunção de inocência, também previsto no art. 8, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos*”<sup>22</sup>.

Assim é o Estado Constitucional de Direito, ou o Estado Democrático de Direito. Ele carrega valores que possuem densa marca conceitual e de enraizamento que ditam o seu modo de ser. Da mesma forma, o Estado autoritário possui valores que o caracterizam em sua atuação, seja pública ou privada. A questão trivial é saber qual preço se pretende pagar pelos valores que se pretende manter. O preço a ser pago por um processo penal democrático é menor do que aquele imposto por um sistema inquisitorial e autoritário.

A história tem demonstrado que a tendência intervencionista do Estado conduz à instauração de sistemas totalitários. Assim, tem se mostrado evidente a necessidade do estabelecimento de fronteiras, como verdadeiros limites de atuação estatal, para que se obtenha um sentido democrático à garantia do processo legal. É preciso libertar o imaginário social do equívoco da percepção de que a cultura penal seria a solução para todos os conflitos da sociedade, pois quanto maior a intervenção estatal mediante o discurso de proteção penal ou sob o argumento de “combate” à este ou aquele crime, menores serão os direitos e garantias dos cidadãos.

Posto, então, esse quadro, tudo está a indicar que o Direito Penal passa por um momento histórico que exige detida e aprofundada reflexão destinada a perscrutar se o conjunto de valores, crenças, técnicas e leis tem alcançado o objetivo almejado de promover a segurança pública e a paz social e, ao mesmo tempo, proteger as garantias processuais constitucionais, convencionais e legais.

Nessa quadra, ainda que sob a perspectiva pontual e sem esgotamento do tema, conforme inicialmente proposto neste artigo, é razoável assumir o risco de se afirmar que, desde que se considere que, tanto a sensação de mudança, quanto a mudança do ponto de equilíbrio e, por fim, a mudança de paradigma, são expedientes ainda muito incipientes e embrionários, que podem ser abortados pelas forças políticas contrárias e/ou pelo silêncio da sociedade. Porém, o que se espera é que tais mudanças possam dar à luz a prática de um Direito Penal que seja servo dos direitos e garantias constitucionais e convencionais para todos, indistintamente.

## BIBLIOGRAFIA

Acosta Calderón contra Equador, disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_129\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf)

<sup>22</sup> Minagé, Thiago M. e Sampaio Jr., Alberto. Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 16, n. 93, p. 54-61, ago./set. 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. Revista de Direito Administrativo n° 254, 2010.

BINDING, Karl; HOCHÉ, Alfred. Die Freigabe der Verurteilten lebensunwerten Lebens. Editora Felix Meiner, Leipzig, 1922. Disponível em: [http://www.gutenberg.org/ebooks/44565?msg=welcome\\_stranger](http://www.gutenberg.org/ebooks/44565?msg=welcome_stranger)

Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia n° SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón – teoria del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. 2 ed. Madrid, Trotta, 1997.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 4 ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Ed Juspodium, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 14 ed – São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCON, Adelino. O princípio do juiz natural no processo penal. Curitiba, Juruá, 2004.

MINAGÉ, Thiago M. e Sampaio Jr., Alberto. Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 16, n. 93, p. 54-61, ago./set. 2015.

ROSA, Alexandre Morais da. Gui do processo penal conforme a teoria dos jogos. 4 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SILVA, Philipe Benoni Melo e. Proteção de bens jurídicos e manutenção das garantias processuais: o desafio da expansão do Direito Penal na pós-modernidade. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 13, n. 74, p. 104-122, out./nov. 2016.

Portaria Gabinete da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios n° 141 de 13 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-da-corregedoria/2017/portaria-gc-141-de-13-09-2017>

Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 27.206 MC/RJ.



# LIBERDADE DE EXPRESSÃO E EXPRESSÕES DA DESIGUALDADE DE GÊNERO

## A CONTRIBUIÇÃO DAS TEORIAS FEMINISTAS PARA A DEFINIÇÃO DOS MARCOS TEÓRICOS DO DISCURSO DE ÓDIO CONTRA MULHERES

8

*Claudia Maria Dadico<sup>1</sup>*

### INTRODUÇÃO

Em várias oportunidades, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão e suas repercussões na ordem democrática: desde o caso “Ellwanger” (HC 82.424), até pronunciamentos mais recentes, tais como as questões da não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130), da publicação de biografias não autorizadas (ADPF 4.815), da “Marcha da Maconha” (ADPF 187) e da ausência de tipificação penal do discurso de ódio contra homossexuais (INQ 3590).

A leitura dos votos proferidos nestes julgamentos permite constatar duas tendências: de um lado o reconhecimento do discurso de ódio como um limite imanente (ANDRADE, 2012, p. 265) ao direito fundamental à liberdade de expressão (HC 82.424), em que pese não tipificado como crime em alguns casos (INQ 3590) e, de outro, uma compreensão amplamente liberal, nos moldes da jurisprudência estadunidense acerca da 1ª Emenda, a ponto do Ministro Carlos Ayres Britto afirmar precedência absoluta do direito fundamental à livre expressão em face de quaisquer outros direitos (ADPF 130).

Essa visão, entretanto, funda-se em premissas que são alvo de intensa discussão nas teorias feministas do direito e da ciência política. A aceitação de um direito fundamental à liberdade de expressão quase irrestrito, moldado a partir de uma concepção abstrata, pretensamente neutra e universalizante de indivíduo não conduz a resultados adequados numa democracia permeada por profundas desigualdades de classe, raça e gênero, entre outras.

Com a finalidade de contribuir para este debate, o artigo discute o âmbito normativo do direito fundamental à liberdade de expressão sob a moldura das teorias feministas, como contraponto ao enfoque liberal, adotado majoritariamente na jurisprudência brasileira.

<sup>1</sup> Doutoranda em Ciências Criminais pela PUCRS, Mestre em Direito Processual pela USP, Juíza Federal em Florianópolis, email: cdadico@gmail.com.

## 1. O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA VISÃO CLÁSSICO-LIBERAL E AS CRÍTICAS DAS TEORIAS FEMINISTAS

O direito fundamental à liberdade de expressão tem sido compreendido, tradicionalmente sob a roupagem de direito individual, de “defesa” em face de eventuais investidas do Estado. Para aqueles que entendem apropriada a divisão dos direitos fundamentais em “gerações” (BOBBIO, 2004, pp. 62-77; VIEIRA, 2017, pp. 31-32; RAMOS, 2005, pp. 81-88), o direito à livre expressão do pensamento pertenceria à primeira geração, cujo reforço de proteção por um regime jurídico jusfundamental destina-se a garantir aquela esfera de atuação do indivíduo que deve ficar imune a interferências estatais abusivas ou indevidas.

Outro aspecto destacado acerca do conteúdo normativo do direito à livre expressão da opinião é seu caráter constitutivo da democracia, já que o debate público e vigoroso é ingrediente essencial para seu adequado funcionamento (HESSE, 1998, pp. 302-303). Nessa ótica, a formação da opinião pública qualificada, essencial ao amadurecimento do debate democrático, deve garantir a manifestação das múltiplas ideias e pontos de vista, até mesmo daqueles tido por desagradáveis ou indesejáveis pela maioria.

Essa, a perspectiva tradicionalmente difundida na doutrina de direito constitucional e na vasta maioria dos precedentes jurisprudenciais dos tribunais do Brasil.

A matriz filosófica dessas concepções é legado do liberalismo, da qual são especialmente representativas as obras de John Milton e John Stuart Mill, citadas de forma recorrente em precedentes jurisprudenciais sobre a temática.

Os argumentos mobilizados por ambas partes do pressuposto de que o debate público deve ser amplo o suficiente para permitir que mesmo ideias tidas por falsas, desagradáveis ou repugnantes, uma vez submetidas à dinâmica ao “mercado das ideias”, sejam contrapostas às ideias verdadeiras e, assim, acabem por revelar “a verdade”.

O precursor dessa concepção é John Milton, filósofo britânico que, em 1644, ao sofrer a censura do Parlamento inglês, em razão de um panfleto escrito a favor do divórcio, proferiu o célebre discurso “*Areopagítica*”. Ainda que seu texto seja costumeiramente evocado como protesto contra a censura prévia, é pertinente destacar que não rejeitou a ideia de censura *a posteriori* (MIGUEL, 2013, p. 100). Uma das premissas de Milton é que a escolha racional, numa perspectiva individual, não seria possível caso fosse instaurada a censura:

Quando Deus lhe deu [a Adão] a razão, deu com ela a liberdade de escolher, pois a razão é isso – escolha.... (MILTON, 1999 [1644], p. 109).

De uma perspectiva coletiva, Milton afirmou que o progresso do conhecimento, em busca da “verdade”, deveria necessariamente incluir a possibilidade

de difusão de ideias equivocadas, as quais, naturalmente, iriam ceder terreno para as “ideias verdadeiras”:

Quem jamais ouviu dizer que a verdade perdesse num confronto em campo livre e aberto (MILTON, 1999 [1644], p. 173).

As premissas lançadas por John Milton foram adotadas e desenvolvidas na obra de John Stuart Mill “*On Liberty*”, publicada em 1859, na qual, essencialmente, defende a individualidade e a autonomia contra as “tirantias das maiorias”. As passagens acerca da defesa liberdade de expressão contra a intervenção estatal decorrente da vontade das maiorias são clássicas. Destaca-se:

Se toda a humanidade, exceto uma pessoa, tivesse uma opinião, e essa pessoa tivesse uma opinião contrária, a humanidade não teria mais justificativas para silenciá-la do que ela para silenciar a humanidade (MILL, [1859] 2010, p. 58).

A defesa de Stuart Mill à tolerância para com ideias tidas por repugnantes ou contrárias às visões predominantemente aceitas por uma determinada sociedade é calcada na ideia de um “prejuízo social”:

...o prejuízo característico de silenciar a expressão de uma opinião reside no fato de que isto é roubar a raça humana, tanto a posteridade quanto a geração atual, tanto aqueles que discordam da opinião quanto aqueles que a sustentam, e esses ainda mais que os primeiros. Pois se a opinião está certa, eles são privados da oportunidade de trocar o erro pela verdade e, se ela está errada, eles perdem a percepção mais clara e vívida da verdade, produzida pela colisão desta com o erro, um benefício tão grande quanto o primeiro (MILL, 2010 [1859], p. 59).

O prestígio das concepções liberais pode ser constatado a partir do grande número de citações dos referidos filósofos em julgamentos decisivos sobre o tema. Nesse sentido, a título de exemplo, veja-se que Milton é citado no julgamento da ADPF nº130, que tratou da não recepção da Lei de Imprensa, nos votos proferidos pelos Ministros Ayres Britto (ADPF 130, p. 35) e Min. Gilmar Mendes (ADPF 130, p. 212). Por sua vez, John Stuart Mill é citado, neste mesmo julgamento, no voto do Min. Gilmar Mendes (ADPF 130, p. 213).

Dessa forma, é possível constatar que, majoritariamente, as decisões judiciais sobre a liberdade de expressão encontram-se radicadas nas concepções filosóficas liberais da liberdade de expressão com suas categorias universalizantes e abstratas, vinculadas à perspectiva de um sujeito ficcional: o “espectador imparcial”, participante de “situações ideais de diálogo”, titular de “pontos de vista impessoais”, produtor de “argumentos independentes” ou consumidor no “mercado das ideias”.

Ainda que tais abstrações tenham tido sua importância histórica na construção dos conceitos modernos de igualdade e justiça (CITTADINO, 1999, p.

76) é preciso reconhecer que sua força argumentativa vem sendo desafiada pela complexidade dos conflitos que emergem num ambiente social estruturalmente desigual, revelando sua incapacidade de fornecer respostas adequadas às questões emergentes, notadamente, quando os direitos das mulheres estão em jogo.

Nesse passo, o que as teorias feministas direito buscam destacar é que, ao longo dos séculos, esse sujeito ficcional sobre o qual foram construídas categorias teóricas, abstratas e universalizantes, assim como outras instituições jurídicas herdadas da tradição liberal, não é outro, senão, o sujeito masculino.

Como afirma SOUSA (2015, p. 9), referindo-se ao contexto jurídico português:

No centro ontológico das instituições modernas está um sujeito em torno do qual foi constituída e ordenada a realidade: o sujeito masculino. O direito posto não deixou de incorporar este facto. Expressão das dinâmicas sociais, também no direito o universal e o referente era o homem, e a mulher o especial e o derivado. Nas Ordenações Afonsinas, nas Ordenações Manuelinas e no Código Penal de 1852 a mulher, quando é mencionada, é-o tão somente para se lhe atribuírem algumas paternalistas proteções que tanto afirmam a sua menoridade como a sua subalternização em relação ao homem, e sempre com relação aos mesmos lugares: o da sexualidade, o da conjugalidade e o da procriação.

Esse o ponto comum entre as várias teorias feministas do direito: a identificação e desconstrução de instituições organizadas a partir de modelos de dominação masculina (APFELBAUM, 2009, pp. 76-80; BORDIEU, 2014) que distribuem e determinam o modo de exercício do poder e, por consequência, formatam os sistemas e as práticas jurídicas.

Assim, numa sociedade em que as instituições encontram-se estruturadas sob dominação masculina<sup>2</sup>, pergunta-se: qual conteúdo expressivo seria protegido pelo direito fundamental à liberdade de expressão? Qual é o seu núcleo essencial? Todos os discursos devem ser protegidos de forma idêntica? Ou melhor, tod@s enunciador@s de discursos merecem idêntica proteção?

---

<sup>2</sup> Como esclarece MIGUEL: “O uso do termo ‘patriarcado’ é controverso dentro da própria teoria feminista. Para algumas autoras, trata-se do conceito capaz de ‘capturar a profundidade, penetração ampla (*pervasiveness*) e interconectividade dos diferentes aspectos da subordinação das mulheres’. (...) Para outras percepções dentro do próprio feminismo, porém, o patriarcado é entendido como sendo apenas uma das manifestações históricas da dominação masculina. Ele corresponde a uma forma específica de organização política, vinculada ao absolutismo, bem diferente das sociedades democráticas concorrenciais atuais. Os arranjos matrimoniais contemporâneos também não se ajustam ao figurino do patriarcado, sendo mais entendidos como uma ‘parceria desigual’, marcada pela vulnerabilidade maior das mulheres. Em suma, instituições patriarcais foram transformadas, mas a dominação masculina permanece. Parte importante dessa transformação é a substituição de relações de subordinação direta de uma mulher a um homem, próprias do patriarcado histórico, por estruturas impessoais de atribuição de vantagens e oportunidades. Falar em *dominação masculina*, portanto, seria mais correto e alcançaria um fenômeno mais geral que o patriarcado.” (MIGUEL, Luis Felipe, O feminismo e a política. In: *Feminismo e Política*. São Paulo: Ed, Boitempo, 2014, pp. 18-19)

Como destaca MACHADO (2002, p. 184)

A premissa de que parte(m algumas linhas de pensamento feminista), típica(s) do pensamento pós-moderno, é a de que as palavras constroem, em grande parte, a realidade. As estruturas políticas, econômicas, sociais e culturais existentes têm a sua correspondência em práticas discursivas determinadas. Daí que, mais importante do que as palavras que são proferidas é a realidade que elas pretendem construir, a utilização que delas se pretende fazer.

Nessa medida, se as palavras constroem não apenas a realidade social, mas o próprio sujeito (KEHL, 2016, pp. 17-86), o Estado deve assumir o papel de mediador e até mesmo de dirigente, de forma a não permitir que práticas discursivas excludentes, discriminatórias ou violentas contra mulheres sejam toleradas ou naturalizadas. Enquanto formulador de políticas públicas, o Estado tem o papel de fomentar a criação de uma cultura de igualdade material, respeito à dignidade e erradicação do preconceito<sup>3</sup>.

A constatação da permanência do modelo de dominação masculina nas relações jurídicas que se desenvolvem na família, no trabalho, na política e nas demais instituições sociais, determina diferenças não apenas de acesso aos meios de produção do discurso, sobretudo aquele que se desenvolve na arena pública, mas, igualmente, de receptividade e ressonância dessas práticas discursivas.

Subordinação e silenciamento caminham juntos e apresentam-se como realidades cotidianas na vida de imenso contingente de mulheres, de todos os estratos sociais. A liberdade de expressão sem regulação pelo Estado tem o potencial de agravar esse contexto, principalmente nos casos em que a mensagem discursiva naturaliza padrões violentos, perpetua estereótipos e contribui para diminuir a autoestima dos grupos atingidos.

É o que ocorre no denominado “discurso de ódio” (*hate speech*), definido como o tipo de discurso que se vale de palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo, origem regional, deficiência, orientação sexual, gênero, religião, condição de rua etc, ou ainda à sua potencialidade ou capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas (BRUGGER, 2007, p. 151).

Um dos efeitos do discurso de ódio destacado por FISS (2005) é a criação da “*dinâmica silenciadora*”. As mensagens de ódio direcionadas a grupos diminuem a autoestima das vítimas, retirando a força de seu próprio discurso e, por consequência, suas possibilidades de participação no debate público, em igualdade de condições com outros enunciadores. “*Mesmo quando essas vítimas falam, falta autoridade às suas palavras; é como se nada dissessem*” (FISS, 2005, p. 47).

---

<sup>3</sup> Esse o compromisso assumido pelo Brasil ao assinar a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, no âmbito das Nações Unidas e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, como adiante se verá.

As diferenças de acesso e de possibilidades de veiculação do discurso entre os diversos grupos atribuem ao Estado o seguinte dilema: como escolher os direitos discursivos de um grupo em detrimento de outro ou dos outros? A resposta é novamente dada por FISS (2005, p. 47):

Se nada mais estivesse envolvido além dos interesses expressivos de cada grupo, vale dizer, o desejo do racista e o interesse da potencial vítima de cada qual expressar o seu pensamento, então haveria de fato algo arbitrário na escolha do Estado de um grupo em detrimento do outro. Eu acredito que algo mais está envolvido, todavia. O Estado não está tentando arbitrar entre os interesses discursivos dos vários grupos, mas, ao contrário, está tentando estabelecer precondições essenciais para a auto-governança global, assegurando que todos os lados sejam apresentados ao público. Se isso pudesse se realizado simplesmente pelo fortalecimento dos grupos favorecidos, o objetivo do Estado seria alcançado. Mas nossa experiência com programas de ação afirmativa e outros similares nos ensinou que a questão não é tão simples. Algumas vezes nós devemos reduzir as vozes de alguns para podermos ouvir as vozes de outros.

A ausência de regulação estatal dos conteúdos discursivos, deixando-os entregues à lógica do *laissez-faire* do mercado das ideias, permite que, por meio de palavras, uma realidade de desigualdade e subordinação dos grupos vulneráveis e, em especial, das mulheres se perpetue, sem mudanças significativas.

Na verdade, a forma como se estruturam as relações de poder nas sociedades contemporâneas demonstra que a liberdade de expressão a que aludem as teorias liberais nada mais seria do que a liberdade de expressão dos poderosos, daqueles que detém amplo acesso aos meios de comunicação de massa e de produção de conteúdos artísticos, publicitários e jornalísticos, entre outros.

A posição de pretensa neutralidade das instâncias estatais, seja do legislativo, do executivo ou do judiciário, acaba por endossar uma posição de permissividade com conteúdos ofensivos, intolerantes e odiosos, posição essa que privilegia a liberdade de expressão dos grupos dominantes em detrimento dos grupos vulneráveis. A “neutralidade” converte-se naquilo que BIROLI (2013, p. 134) denomina de “tolerância à subordinação”, cuja dinâmica é assim descrita

O fato de que a mudanças na legislação convivam com a manutenção de formas cotidianas de violência representadas, entre outras, pelo alto número de estupros e de assassinatos de mulheres por homens com quem tiveram relações afetivas (mesmo que se considere como positivo o maior registro de denúncias), assim como o fato de que a legislação sobre a violência contra as mulheres mude enquanto não há avanço (como no Brasil) ou há retrocessos (como no caso dos Estados Unidos) na legislação sobre o direito das mulheres ao aborto, sinaliza que há atores políticos relevantes agindo, sistematicamente, contra a construção de relações de gênero igualitárias e, no sentido de Pateman, contra a democratização. Sinaliza, ainda, que essas formas de violência são, em algum grau, toleradas socialmente, mantendo-se

como uma ‘possibilidade constante no horizonte da imaginação social vigente’. A violência contra as mulheres pode ser, nesse sentido, entendida como uma prática social e não individual, ‘sistêmica’ porque dirigida a membros de um grupo simplesmente porque eles são membros daquele grupo’, e parte da experiência compartilhada do grupo, no sentido de que são vulneráveis à violência devido a sua identidade de grupo.

Um dos campos mais férteis na intersecção entre o direito à liberdade de expressão e feminismo é o debate sobre pornografia, a partir do qual é possível distinguir opiniões dissidentes dentro do próprio movimento feminista.

## **2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS DEBATES SOBRE A PORNOGRAFIA NOS ESTADOS UNIDOS NAS DÉCADAS DE 1980 E 1990**

Duas das maiores autoridades no estudo do tema, no direito estadunidense (DWORKIN, 1981; MACKINNON, 1993) afirmam que a pornografia não pode ser considerada discurso protegido pelo direito fundamental à liberdade de expressão. Não pode sequer ser considerada como discurso. Não são meras palavras (“only words”), mas sim

(...) forma de sexo forçado, uma prática de política sexual, uma instituição da desigualdade dos sexos. (...) a pornografia instaura a sexualidade da supremacia masculina na qual a erotização da dominação e a submissão se funde com a construção social do masculino e do feminino (MACKINNON, 1996, p. 48, grifo nosso).

No contexto de sua análise da pornografia, Catharine Mackinnon afirma que as concepções tradicionais da liberdade de expressão autorizadas da difusão da pornografia baseiam-se, em verdade, em pressupostos não aplicáveis à situação das mulheres. Entre estes pressupostos encontra-se a crença liberal de que a difusão livre de ideias ajuda a descobrir a verdade.

Esse *laissez-faire* discursivo somente poderia ser aceito como teoria adequada em “condições pré-sociais de conhecimento de uma sociedade não hierarquizada” (MACKINNON, 1996, p. 60).

Porém, em uma sociedade caracterizada pela desigualdade de gêneros, a visão de mundo construída a partir do discurso dos poderosos é a verdade triunfante. Nessas condições, em que o sexismo, tal como o racismo, apresenta-se como sistema de pensamento dominante é comum que os estereótipos de gênero sejam incorporados ou repetidos acriticamente pelos próprios prejudicados, ou que estes manifestem seu consentimento envergonhado, como verdadeira técnica de sobrevivência e redução de danos.

A propósito da construção do estereótipo da feminilidade afirma:

Você aprende que a linguagem não pertence a você, que você não pode usá-la para dizer o que você sabe, que o conhecimento não é o que você aprende a partir da sua própria vida, que a informação não se define a partir da sua experiência [...] você desenvolve uma identidade que é agradável e subserviente e imitativa, agressivamente passiva e silenciosa – você aprende, em uma palavra, a feminilidade (MACKINNON, 1993, pp. 6-7).

Outra questão suscitada por Andrea Dworkin e Catharine MacKinnon, em seus estudos sobre a pornografia como forma de violência e não como discurso, diz respeito à desumanização das mulheres. De fato, os artefatos pornográficos, em especial aqueles considerados *hardcore* – aqueles que envolvem violência, na qual o prazer é vinculado ao ato de infligir dor – reduzem as mulheres a partes de seus corpos, num processo de “coisificação”. Nesse sentido, a pornografia retira da mulher sua condição de pessoa, definida pela filosofia kantiana como um agente livre e racional cuja existência é um fim em si mesmo, em oposição àquilo que é instrumental (MACKINNON, 1996, p.64). A indústria pornográfica transforma as mulheres em mero instrumento de satisfação dos impulsos masculinos. Em suma: retira-lhes sua dignidade humana.

Os posicionamentos de Andrea Dworkin e Catharine MacKinnon foram precursores e abriram veredas para que as teorias feministas se desenvolvessem como novas possibilidades epistemológicas nos debates sobre a liberdade de expressão.

Todavia, não há adesão irrestrita a tais posicionamentos no âmbito das correntes de pensamento feminista.

O deslocamento do debate sobre a pornografia para o terreno da política traz maior potencial de resultar numa estratégia contraproducente, já que o discurso político é exatamente aquele mais infenso a limitações, segundo as visões liberais predominantes (MACHADO, 2002, p. 198).

De outro lado, apesar da argumentação de que a pornografia não é assunto moral, (MACKINNON, 1987) a proposta defendida por essa corrente do feminismo acabou por ser colonizada pelo discurso contra a obscenidade, razão pela qual não “*é casual que os argumentos antipornografia de MacKinnon tenham sido apoiados pela direita religiosa nos Estados Unidos*” (BIROLI, 2017, p. 137).

A demanda pela regulação estatal da pornografia coloca em cena “a mulher que pede ajuda”, radicada num discurso de vitimização das mulheres (BIROLI, 2017, p. 135) e numa possível substituição da ideologia patriarcal por uma *ortodoxia matriarcal politicamente correta* (MACHADO, 2002, p. 202) que, ao invés de se constituir em uma prática emancipadora, delega ao Estado a tarefa de salvar as mulheres de si mesmas.

Outro problema destacado e debatido por outras correntes do pensamento feminista, nos discursos antipornografia, diz respeito a um possível essencialismo, redutor de complexidades, que a pretexto de combater a disseminação de estereótipos, estaria irremediavelmente contaminado pelos modelos binários



“do masculino ativo, em busca do gozo” e do “feminino passivo, em busca de amor”, do “sexo lícito” e do “sexo ilícito” (BIROLI, 2017, p. 135).

De qualquer forma, como destaca BIROLI (2017, p. 135), restaria sem solução a questão da objetificação da mulher efetivamente realizada pela indústria pornográfica, presente de igual forma em outras manifestações do universo simbólico contemporâneo, da publicidade ao mercado da moda, do mercado fonográfico<sup>4</sup> aos humoristas de *stand up comedies*<sup>5</sup>.

Como se vê, a partir das lentes das correntes teóricas feministas, as discussões acerca da liberdade de expressão ganham outros contornos, corroborando a afirmação de que as categorias do discurso liberal, fundadas na ficção de um sujeito masculino universal e abstrato, revelam-se insuficientes para quem se propõe à reflexão dotada de maior densidade teórica, que dê conta das complexidades que o tema apresenta.

As questões suscitadas demonstram que a definição do conteúdo do direito fundamental à liberdade de expressão nos domínios da violência de gênero, deve operar-se concretamente, levando em consideração não apenas o contexto em que a manifestação discursiva se produz, se reproduz e se dissemina, mas igualmente os atores envolvidos e a cultura que lhe serve de moldura.

### 3. O CONTEXTO BRASILEIRO E O DISCURSO DE ÓDIO CONTRA MULHERES

Segundo dados do Atlas da Violência do IPEA, 4.621 mulheres foram assassinadas no Brasil em 2015<sup>6</sup>. Ou seja, no ano de 2015, ano do último levantamento disponível, em média, 13 mulheres foram assassinadas por dia.

De acordo com o 10º Anuário Brasileiro da Segurança Pública, em 2015, o Brasil totalizou 45.460 casos notificados de estupro, ou seja, 125 vítimas por dia. Entretanto, estudo do IPEA a partir de estatísticas colhidas junto ao sistema de saúde, calcula que o número real de estupros por ano no Brasil seja em torno de 527 mil tentativas ou casos consumados, dos quais apenas 10% seriam reportados às autoridades da segurança pública<sup>7</sup>. 70% das vítimas de estupro no Brasil são crianças e adolescentes, sendo que em metade das ocorrências há um

---

<sup>4</sup> Menciona-se, por exemplo, a polêmica envolvendo a música “*Só um tapinha*”, do Bonde do Tigrão.

<sup>5</sup> Cabe mencionar, quanto ao mundo do humor tido por “*politicamente incorreto*”, a edição de maio de 2011 da versão brasileira da Revista *Rolling Stone*, que trouxe em matéria de capa, sob o título “A graça de um herege”, a seguinte manifestação do “humorista” Rafinha Bastos: “Toda mulher que eu vejo na rua reclamando que foi estuprada é feia pra caralho. [...] Tá reclamando do quê? Deveria dar graças a Deus. Isso pra você não foi um crime, e sim uma oportunidade. [...] Homem que fez isso [...] não merece cadeia, merece um abraço (Bastos, apud MIGUEL, 2013, p. 97).

<sup>6</sup> [http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2017.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf), acesso em 17/09/2017.

<sup>7</sup> [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/140327\\_notatecnica-diest11.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnica-diest11.pdf), acesso em 17/09/2017.

histórico de estupros anteriores<sup>8</sup>. Ainda, cerca de 15% dos estupros registrados no Sistema de Informações de Agravo de Notificação do Ministério da Saúde (SINAM) envolveram dois ou mais agressores<sup>9</sup>.

Esses dados não podem ser abstraídos quando se trata de inventariar as várias formas que o discurso de ódio contra mulheres pode assumir.

A incitação ao uso da violência é reconhecida como discurso de ódio em textos de Tratados internacionais, doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas, em seu artigo 20, 1 e 2, estabelece:

Artigo 20 – 1. Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra.

2. Será proibida por lei qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência.

De forma semelhante, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), prevê em seu artigo 13, item 5:

Art. 13. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Os textos dos Tratados internacionais de Direitos Humanos, acima transcritos, evidenciam que a incitação à violência não pertence ao âmbito normativo do direito fundamental à liberdade de expressão.

A incitação à violência é, portanto, discurso de ódio, o que configura mera forma aparente (ANDRADE, 2012, p. 268) do exercício do direito fundamental à livre expressão do pensamento, alheia ao seu núcleo essencial.

No que tange ao discurso de ódio contra mulheres, ainda que não se aceite as ideias de Catharine MacKinnon e Andrea Dworkin acerca da pornografia em toda a sua extensão, suas considerações sobre a inadequação dos pressupostos das concepções tradicionais da liberdade de expressão são consistentes e merecem ser consideradas quando os direitos das mulheres estão em jogo.

A tolerância das instâncias estatais com a veiculação de conteúdos marcados pela dominação masculina, revelada pelas estatísticas da violência contra as mulheres já mencionadas, contribui para a naturalização, perpetuação e agravamento de práticas violentas no contexto das relações entre homens e mulheres. Esse é um dado que permite balizar o campo do discurso de ódio contra mulheres de forma específica.

<sup>8</sup> <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-36401054>, acesso em 17/09/2017.

<sup>9</sup> Idem.

Cabe destacar, quanto à incitação à discriminação como discurso de ódio, que o Brasil aderiu à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), segundo a qual:

Artigo 6º: O direito de toda mulher a uma vida livre de violência inclui, entre outros:

- a. O direito da mulher de ser livre de toda forma de discriminação, e
- b. o direito da mulher de ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e práticas sociais e culturais baseadas em conceitos de inferioridade ou subordinação.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, da Organização das Nações Unidas, atribui aos Estados-partes o dever de tomar todas as medidas apropriadas para:

Art. 5º. a) modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres.

Tais compromissos assumidos pelo Brasil na ordem internacional, associados aos números assustadores da violência de gênero, tornam evidente a urgência de uma revisão dos paradigmas utilizados até então para a definição dos limites imanescentes do direito fundamental à liberdade de expressão em face das mulheres.

Mas o que seria, exatamente, incitar o ódio?

#### **4. O QUE É INCITAÇÃO AO ÓDIO CONTRA MULHERES?**

A incitação pode se revestir de várias formas. Incitar é “*impelir, estimular, instigar, excitar*” (SILVA, 2012, p. 123). Não se trata de mera apologia, enquanto “*defesa ou justificação de uma ideia, desacompanhada de qualquer finalidade imediata*” (SILVA, 2012, p. 137), a qual, segundo alguns doutrinadores, estaria ao abrigo da proteção constitucional ao direito de liberdade de expressão e de opinião.

A incitação está comumente associada a uma conduta imediata. Trata-se de instigar alguém à prática de algo, no sentido de

... incentivar, estimular, ou seja, fazer com que alguém se decida a executar um ato ou uma ação, ou pelo menos reforçar-lhe o propósito ou intenção. Faz-se apresentando motivos, justificativas ou razões que o movam, seja reforçando sentimento já existente, seja criando-o, ou mesmo anulando ou reduzindo eventual rejeição (BITENCOURT, 2017, p. 430).

Nesse sentido, a incitação à violência contra mulheres está presente em conteúdos que instigam, incentivam ou reforçam o propósito ou intenção de agredir mulheres física ou psicologicamente. É muito tênue a linha entre conteúdos grosseiros, deselegantes e o discurso de ódio contra mulheres, mas é possível inserir em tal categoria as mensagens que, exemplificadamente, buscam estimular a prática de agressão física a mulheres em contextos sensualizados ou relações afetivas em suas várias manifestações (tapas, tapinhas ou congêneres).

Esse tipo de mensagem não traduz opinião, nem contribui para a discussão, na arena pública, de temas relacionados à violência de gênero, mas, antes, consubstancia ela própria manifestação de violência.

Um exemplo pode contribuir para melhor ilustrar o ponto que sustentamos.

Veja-se, exemplificadamente, a música de Chico Buarque de Holanda, “*Geni e Zepelim*”. Trata-se de narrativa integrante da peça teatral “Ópera do Malandro” que retrata a vida na zona portuária do Rio de Janeiro na década de 1940, onde prostituição, jogo do bicho e contrabando são pano de fundo. Com esse cenário, a história cantada da travesti *Geni*, descreve e denuncia o tratamento cruel destinado pela sociedade da época aos marginalizados, dos quais o grupo social dos travestis é dos mais perseguidos e excluídos. Os versos fazem uma denúncia e não podem ser considerados como discurso de ódio contra travestis, em razão de não buscarem estimular ou incitar à violência, mas, sim, descrever, mostrar ao ouvinte-espectador a realidade da época.

As obras de arte que buscam chamar a atenção ou até mesmo chocar o espectador-ouvinte-leitor têm por objetivo, em verdade, ajudar a formar uma consciência crítica acerca do tema retratado, facilitando o debate produtivo e aprofundado não apenas através de recursos racionais mas, igualmente, mobilizando a sensibilidade e as emoções.

De outro lado, veja-se, exemplificativamente a música denominada “*Só um tapinha*”, do Bonde do Tigrão.

A letra da música “*Só um tapinha*”, interpretada pelo grupo musical “Bonde do Tigrão” tem o seguinte conteúdo:

*Vai “glamurosa”  
Cruza os braços no ombrinho  
Lança eles pra frente e desce bem devagarinho  
Dá, dá, dá uma quebradinha e sobe devagar  
Se te bota maluquinha  
Um tapinha eu vou te dar porque*

*Dói, um tapinha não dói  
Um tapinha não dói  
Um tapinha não dói  
Um tapinha não dói, só um tapinha*

*Dói, um tapinha não dói  
Um tapinha não dói  
Um tapinha não dói  
Um tapinha não dói, só um tapinha*

*Vai “glamurosa”  
Cruza os braços no ombrinho  
Lança eles pra frente e desce bem devagarinho  
Dá, dá, dá uma quebradinha e sobe devagar  
Se te bota maluquinha  
Um tapinha eu vou te dar porque*

*Dói, um tapinha não dói  
Um tapinha não dói  
Um tapinha não dói  
Um tapinha não dói, só um tapinha*

*Dói, um tapinha não dói  
Um tapinha não dói  
Um tapinha não dói  
Um tapinha não dói, só um tapinha*

*Em seu cabelo vou tocar  
Sua boca vou beijar  
Vou visando tua bundinha  
Maluquinho pra apertar*

*Vai “glamurosa”  
Cruza os braços no ombrinho  
Vai, vai “glamurosa”  
Cruza os braços no ombrinho  
Vai “glamurosa”  
Cruza os braços no ombrinho  
Lança eles pra frente e desce bem devagarinho  
Dá, dá, dá uma quebradinha e sobe devagar  
Se te bota maluquinha  
Um tapinha eu vou te dar porque  
Só um tapinha*

De início, a leitura dos versos permite identificar, desde logo, o “eu-lírico”, o emissor da mensagem, como sujeito masculino. Os sucessivos apelos a uma forma sensualizada de exposição do corpo da mulher reforça tal compreensão do texto, corroborada, ainda, pelo nome do grupo musical autor e intérprete da música – Bonde do Tigrão – associado a estereótipos de virilidade. Constata-se,

assim, claramente, uma relação comunicativa em que o emissor da mensagem é um homem e a destinatária dos apelos é uma mulher.

Essa primeira abordagem da mensagem veiculada pela música e seus protagonistas deve ser inserida no contexto em que foi produzida, afinal, não se trata de composição estrangeira, traduzida para o português. Trata-se de composição que tem origem no *funk* carioca, do qual a banda foi e ainda é importante expoente<sup>10</sup>.

Nessa medida é importante ressaltar o *funk* como importante expressão cultural dos jovens moradores das favelas fluminenses e que tem sido alvo de muitos preconceitos e discriminações<sup>11</sup>. Entretanto, no caso em exame não se está diante de uma canção que busca descrever ou retratar uma ambientação, uma época ou narrar a ocorrência de um fato.

Essas pré-compreensões, assim como os assustadores números da violência contra a mulher já expostos anteriormente, não podem ser abstraídas quando se trata de inventariar as várias possibilidades interpretativas do texto analisado.

Assim, ao identificar-se na música “*Só um tapinha*” contexto comunicativo entre homens e mulheres, envolvendo uma relação sensualizada, no Brasil, desde logo emergem algumas interpretações possíveis: (1) desferir tapas leves é uma prática permitida no contexto das relações sexuais entre homens e mulheres; (2) as mulheres devem permitir tapas leves no contexto das relações sexuais; (3) mulheres são mais propensas a consentir com tapas leves no contexto das relações sexuais; (4) a dor das mulheres não é importante; (5) o corpo das mulheres é mais resistente à dor; (6) mulheres que dançam de forma sensual merecem receber tapinhas.

A mera enunciação destas interpretações já causa repulsa, diante da carga de significados negativos, impregnados de desvalor às mulheres e à sua autoestima.

Contudo, é necessário vincular à análise dos conteúdos interpretativos possíveis o recurso estilístico da reiteração – a anáfora – figura de linguagem caracterizada pela repetição de uma ou mais palavras no início de versos, orações ou períodos. A anáfora é muito utilizada na poesia e na música. Destina-se a aumentar a expressividade da mensagem, enfatizando o sentido de termos repetidos consecutivamente<sup>12</sup>.

Na letra da música analisada, a palavra “*tapinha*” foi utilizada nada mais, nada menos, do que vinte (20) vezes repetidas. A ênfase expressiva decorrente do recurso estilístico à anáfora, mediante repetição por vinte vezes da palavra “*tapinha*” direcionado ao corpo da mulher, aliada ao contexto em que a música foi composta e produzida, permite razoavelmente extrair dessa cadeia de repetições algo mais do que simples aprovação, mas sim estímulo, incentivo,

<sup>10</sup> <http://gshow.globo.com/Musica/noticia/2016/04/bonde-do-tigrao-comemora-17-anos-e-avisa-sempre-na-correria.html>, acesso em 17/09/2017.

<sup>11</sup> <http://odia.ig.com.br/brasil/2017-07-09/projeto-no-senado-propoe-transformar-o-funk-em-crime-contra-a-saude.html>, acesso em 27/09/2017.

<sup>12</sup> <https://www.normaculta.com.br/anafora/>, acesso em 16/09/2017, grifo da autora.

ou, o que é mais significativo – incitação – ao uso de “tapinhas”, no contexto de relações sensualizadas entre homens e mulheres.

Tais conclusões são influenciadas, por óbvio, pelo contexto brasileiro de números assustadores de violência contra as mulheres, como já exposto. Não é possível abstrair que esse dado de realidade, já que naturalização da violência associada a práticas sexistas e à extensa gama de estereótipos negativos associados ao sexo feminino – em que pese as críticas ao essencialismo – ainda marcam a vida de milhares de mulheres brasileiras de todas as idades, raças e classes sociais.

É possível, assim, afirmar que a música “*Só um tapinha*” é exemplo de discurso de ódio contra mulheres, por incitar à violência, ao produzir e disseminar conteúdos que associam práticas violentas e mulheres em contexto sensualizado, corroborando um modelo de relações entre os sexos em que o ato do sujeito masculino desferir tapas em uma mulher torna-se não só natural como modelo a ser seguido. A disseminação de tal modelo, em uma sociedade pervasivamente marcada pela dominação masculina, converte-se em mais um ingrediente no caldo da perpetuação da subordinação, a retirar das mulheres as condições materiais para o exercício de sua sexualidade livre de violências.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso de ódio, como limite imanente ao direito fundamental à livre expressão, tem suscitado intenso debate, não sendo poucos aqueles que identificam em sua doutrina um “*irreprimível impulso censório, idêntico àquele que em várias etapas do desenvolvimento histórico, procurou combater o erro e o pecado*” (MACHADO, 2002, p. 846).

Ainda que a demonstração do nexos entre o discurso de ódio e a efetiva consumação de atos violentos contra mulheres não seja de fácil demonstração, há que se considerar que a tolerância das instâncias estatais com a livre veiculação de conteúdos de incitação, com a isenção de toda e qualquer responsabilidade, chancela e engrossa o coro das vozes que naturalizam tais práticas deletérias.

Luis Felipe MIGUEL (2013, p. 119), a propósito de mensagens sexistas no contexto do humor e da publicidade, afirmou:

Stuart Mill dizia que nunca podemos estar 100% certos da correção daquilo em que cremos. Provavelmente ele estava certo. Mas o combate à violência sexual e ao sexismo são duas excelentes apostas, se queremos encontrar bandeiras justas para abraçar. A aceitação dos limites da liberdade de expressão, no contexto dos casos discutidos aqui, se vincula à opção política pela construção de uma sociedade igualitária para mulheres e homens.

Sempre haverá aqueles que criticarão a ortodoxia do “*politicamente correto*” ou que classificarão as conclusões ora apresentadas como “*exagero*”.

Talvez o seja, num contexto de uma sociedade ideal, em que homens e mulheres recebam igual proteção da lei e das instituições estatais. Entretanto,

esse cenário imaginário, verdadeiro *thought experiment* conduzido sob condições ideais de igualdade e respeito à diversidade, não é aquele que caracteriza as relações sociais entre gêneros no Brasil, definitivamente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

APFELBAUM Erika. Dominação, verbete. In: *Dicionário crítico do feminismo*. (org.) HIRATA, Helena et alii. São Paulo: Ed. UNESP, 2009, pp. 76-80.

BIROLI, Flávia. Democracia e tolerância à subordinação. Livre-escolha e consentimento na teoria política feminista. In: *Revista de sociologia e política*. V. 21, n° 48, dez. 2013, pp. 127-142.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, v. 4, 11ª edição*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORDIEU, Pierre. *A dominação masculina. A condição feminina e a violência simbólica*. Rio de Janeiro: Ed. Bestbolso, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n° 130. Tribunal Pleno, j. 30/04/2009, DJe 208, 06/11/2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Embargos Infringentes n° 0001233-21.2003.4.04.7100/RS, DE 03/11/2015.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? : algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito público*, Porto Alegre, ano 4, n°15, pp. 117-136.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1999.

DWORKIN, Andrea. *Pornography: men possessing women*. New York: Perigee, 1981.

FISS, Owen M. *A irania da liberdade de expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

KEHL, Maria Rita. *Deslocamentos do feminino: a mulher freudiana na passagem para a modernidade*. São Paulo: ed. Boitempo, 2016.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MACKINNON, Catharine. Not a moral issue. In: *Feminism unmodified*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

MACKINNON, Catharine. *Only words*. Cambridge: Harvard University, 1993.



MIGUEL, Luis Felipe. Discursos sexistas no humorismo e na publicidade. A expressão pública, seus limites e os limites dos limites. In: *cadernos pagu* (41), julho-dezembro de 2013:95-119.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e Política*. São Paulo: Ed. Boitempo, 2014.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. São Paulo: Hedra, 2010.

MILTON, John. *Areopagítica: discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra*. Rio de Janeiro, Topbooks, 1999.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

SILVA, Alexandre Assunção e. *Liberdade de expressão e crimes de opinião*. São Paulo: Ed. Atlas, 2012. SOUSA, Rita Mota. *Introdução às teorias feministas do direito*. Porto: Edições Afrontamento, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais. Uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2017.

#### **Sites consultados:**

<http://gshow.globo.com/Musica/noticia/2016/04/bonde-do-tigrao-come-mora-17-anos-e-avisa-sempre-na-correria.html>, acesso em 17/09/2017.

[http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2017.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf), acesso em 17/09/2017.

[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/140327\\_notatecnicadiest11.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf), acesso em 17/09/2017.

<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-36401054>, acesso em 17/09/2017.

<https://www.normaculta.com.br/anafora/>, acesso em 16/09/2017.



# IGUALDADE DE GÊNERO E PODER: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA REPRESENTATIVIDADE DA MULHER NA MAGISTRATURA

9

*Leda de Oliveira Pinho<sup>1</sup>*

## INTRODUÇÃO

Muito se fala sobre a igualdade formal e sobre a igualdade material, querendo-se com isso dizer aquela que está preceituada e aquela que é praticada. Pouco se discute ou se estuda sobre a igualdade que tem por objeto sua integração com a categoria gênero e sua relação com a representatividade da mulher na magistratura.

O Censo Judiciário de 2014 realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ (CNJ, 2014, p. 37), mostrou que a Justiça Federal comum é a terceira competência mais distante da representação paritária, com a proporção aproximada de 1:3, ou seja, a relação é de três homens para uma mulher (73,8% da sua composição é formada pelo sexo masculino). Na outra ponta, próximo da paridade, está a Justiça do Trabalho que ostenta a proporção entre mulheres e homens de quase 1:1 (53,0% de seu corpo é do sexo masculino). A Justiça Estadual está logo a seguir, com uma proporção de pouco mais de 1:2, vale dizer, a relação é de dois homens para uma mulher (65,5% de seu quadro é integrado pelo sexo masculino).

Tais números suscitam inúmeras questões. Qual a origem dos entraves à realização da igualdade de gênero na composição do quadro da magistratura brasileira? Como a igualdade de poder, ou a sua falta, repercute na representatividade da mulher nas carreiras jurídicas, em particular na magistratura? A super-representação do homem na magistratura, no exercício da jurisdição e no exercício da direção, tem reflexos na manutenção da desigualdade de gênero? Essas indagações colocam em evidência o problema central da desigualdade de gênero e suas consequências no âmbito do Poder Judiciário.

---

<sup>1</sup> Juíza Federal Aposentada, Mestre em Direito Civil (UEM-2003), Pós-graduada em Direito Administrativo (UNICURITIBA, 1996), Gerência Econômica e Financeira (UEPG, 1989) e Política Fiscal (FGV/EIAP/RJ – 1984). Email: leda.ctn@gmail.com.

A abordagem terá como perspectiva e limite três elementos que se re-atoalimentam: (i) o modelo arcaico dominante de “valorização diferencial dos sexos” (HÉRITIER, 2011), (ii) a percepção da desigualdade por homens e mulheres e (iii) a negação do problema. A hipótese é que tal tríade gera um fluxo que alimenta a manutenção desse desequilíbrio de forças, obscurece a compreensão de que a desigualdade ainda existe e acarreta prejuízo a toda a sociedade. A indiciar a confirmação desses componentes e sua operacionalidade estão as reações geradas com o só fato de se trazer o tema ao debate, como: – “Cotas? As mulheres querem cotas no Judiciário?” Ocorre que o retrato instantâneo do temido privilégio, de caráter provisório, revela direção e caráter opostos: a permanente reserva de cotas ao sexo masculino, por vezes exclusiva, no espaço público em que se desenvolvem as relações de poder, de autoridade e de liderança.

A partir desse problema da vida, a proposta para o desenvolvimento do tema igualdade de gênero e poder na sua integração com a representatividade da mulher na magistratura, consiste em investigar se a baixa representatividade da mulher na magistratura brasileira guarda relação com a desigualdade nas relações de poder que se manifesta desde a formação social da norma, passa por sua construção jurídica, interfere na sua aplicação e realimenta sua posterior transformação. A abordagem escolhida, nesse contexto, poderá ser produtiva ao aprofundamento da reflexão sobre os mecanismos sociais de exclusão da mulher nas relações de poder, os quais sustentam a manutenção da desigualdade, e à pesquisa científica voltada a descrever, explicar e entender o problema da representação de gênero não só na magistratura, mas em todas as funções que expressem o exercício do poder e da autoridade.

A igualdade de gênero é um desafio humanista e coerente com a realização dos princípios constitucionais mais caros ao País: a justiça, a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Como parte dele, a representatividade paritária de ambos os sexos na magistratura brasileira é uma meta possível de ser alcançada em todas as esferas constitucionais de competências e nas posições das respectivas cúpulas administrativas, mas, para isso, é preciso entender as origens e os desdobramentos da desigualdade de gênero e seu impacto no problema a ser aqui analisado: a baixa representatividade da mulher no Poder Judiciário.

## **1. A IGUALDADE NA FORMAÇÃO SOCIAL DA NORMA**

### **1.1. O PAPEL DA SOCIEDADE NA GÊNESE DA NORMA**

As pessoas nascem, vivem e morrem em sociedade, em grupos sociais. Princípios, quase sempre, pelos grupos familiares e, ao longo da vida, passamos a pertencer a grupos de amigos, de colegas de escola, de entidades religiosas, de associações esportivas, comerciais, políticas e outras, até nos despedirmos deste mundo físico em uma cerimônia na qual boa parte dessas instituições estará representada.

As normas também nascem na sociedade. Antes de serem postas elas são pressupostas: pensadas, sentidas e desejadas pela sociedade, ao menos em um ambiente no qual seja assegurado um patamar mínimo de liberdade.

Ao definir o que seja norma jurídica, Goffredo Telles Junior destaca suas três características essenciais: (i) é “*imperativa*, porque é um mandamento”, (ii) é “*autorizante*, porque autoriza a reação competente contra o ato que viola” e (iii) é mandamento “*harmonizado* com a ordenação ética vigente”, por ser “condizente com o que é tido como normal” (TELLES JR., 2001, p. 103). Duas dessas qualidades da norma jurídica identificam o papel da sociedade em seu sentido global. Primeiro, a norma seria *autorizante* por ter recebido essa concessão da sociedade, afinal elas existem e estão vigentes por expressarem a vontade social (TELLES JR., 2001, p. 50-52). Segundo, a norma estaria “*harmonizada* com o sistema de concepções dominantes numa coletividade” (grifei, TELLES JR., 2001, p. 25), em um determinado tempo, por estar de acordo “com um sentimento comum de justiça e com o que é tido como normal, dentro do grupo em que a norma vigora” (TELLES JR., 2001, p. 103).

Sobre tal padrão de normalidade incide uma variação histórico-cultural que preenche os valores com conteúdos distintos. Tal mudança pode ser observada na diversidade de tratamento que os ordenamentos de diferentes povos apresentam à integração de igualdade e gênero e explica o fato de algumas ordenações tratarem a mulher como incapaz e subserviente ao marido, enquanto que outras atribuem a ambos os mesmos direitos, deveres e obrigações (TELLES JR., p. 23). A história do nosso próprio Direito Constitucional espelha essa evolução quanto ao tratamento dispensado à mulher.

O papel do pensamento dominante, no tempo e no espaço, nos permite compreender melhor o questionamento de Norberto Bobbio sobre a proposição descritiva da fórmula “todas as pessoas são iguais”. O problema da assertiva não está na igualdade em si mesma, mas na sua extensão a todas as pessoas. Acaso os bens da vida estão distribuídos igualmente entre todos? A regra da igualdade vale para todos? Igualdade em quê? Igualdade entre quem? O alcance factível dessa formulação está em que os seres humanos “devem ser considerados iguais e tratados como iguais com relação àquelas qualidades” que lhe são essenciais, especialmente a sua dignidade e os atributos da sua personalidade. Como essa essencialidade admite câmbios temporais e espaciais, por consequência, também permite a atribuição de um significado variável – de sociedade para sociedade, de um tempo para outro e logo, de um ordenamento para outro – ao conteúdo do valor igualdade (BOBBIO, 1997, p. 23-24).

A norma, portanto, antes de ser jurídica, antes de ser positivada, aplicada e transformada, passa por um processo de formação na sociedade e dela recebe afluxos de um modelo arcaico de pensamento que destinava exclusivamente ao sexo masculino o exercício do poder e da autoridade, circunscrevia a mulher ao espaço privado e desvalorizava sua presença e seu trabalho no espaço público reservado ao homem.

## 1.2. O MODELO DE DESIGUALDADE E A PRESENÇA DA MULHER NA MAGISTRATURA

Graças a esse modelo de desigualdade, de valorização desigual para cada um dos sexos, as mulheres enfrentaram na magistratura enormes dificuldades para exercer funções e ocupar postos antes reservados exclusivamente ao sexo masculino e até os dias de hoje a paridade de representação ainda não foi conquistada.

Na França, as mulheres obtiveram permissão legal para aceder à função jurisdicional em 11 de abril de 1946. Ludovic de Boisbrunet, em sua tese de doutorado, investiga a trajetória das magistradas francesas desde as primeiras reivindicações ao ingresso das mulheres na magistratura, passa pelas resistências dos próprios juízes e da sociedade, analisa as estatísticas dos concursos de acesso, bem como as causas e as consequências da feminização do corpo judiciário. Elas enfrentaram resistências e preconceitos, desde a sutil recepção fria de seus pares até a declaração pública de que as mulheres, salvo exceções, seriam inaptas para exercer funções de autoridade e que o poder de julgar seus semelhantes era função dos homens (BOISBRUNET, 2003, p. 60-64).

No Brasil, o caminho também não foi suave, como se vê das trajetórias a seguir.

Auri Moura Costa foi a primeira juíza e desembargadora do Brasil (1910-1991). Formou-se em 1933 pela Faculdade de Direito do Recife e, retornando ao seu estado natal, ingressou no Ministério Público do Ceará. Fez concurso público para a magistratura e foi nomeada em 1939. Diz-se que ela teria se forrado da barreira de gênero por conta de seu nome: acreditaram tratar-se de um homem (MIRANDA, 2012, p.60). Foi promovida a Juíza de Direito de 2ª entrância em 1948, à 3ª entrância em 1953 e à 4ª entrância em 1958. Foi nomeada Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará em 1968, sendo “a primeira mulher a ocupar a Presidência do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará” (TRE-CE). São de sua autoria importantes obras de Direito Penal, Penitenciário e de atenção aos Menores, cuja atualidade e análise crítica demonstram a importância do olhar da mulher na administração da justiça (COSTA, 2015, p.18-21).

Thereza Grisólia Tang (1922-2009) foi a primeira discente da Faculdade de Direito do Rio Grande do Sul, na qual se graduou em 1951 (PINHO, 2017). Por ser mulher, valeu-se da companhia do marido para ingressar no curso. Válder Tang, dentista, enfrentou nova qualificação para honrar o termo de consentimento condicional que ela havia elaborado: aceitaria o pedido de casamento com o compromisso de que poderia fazer o curso superior. Tinha vocação para a magistratura e persistiu mesmo quando barrada em seu estado natal. Candidatou-se em Santa Catarina, obteve a melhor avaliação e em 1954 assumiu o cargo de Juíza Substituta em Criciúma-SC. Por cerca de vinte anos foi a única mulher a judicar naquele Estado e em 1975 foi sua primeira desembargadora. Foi Presidente do Tribunal Regional Eleitoral e do Tribunal de Justiça

de Santa Catarina. Encerrou sua carreira em 1992 ao atingir a idade limite à aposentadoria e ainda é uma referência em Direito Criminal, tendo, quando corregedora, levantado “questões cruciais que levaram ao aprimoramento de leis, como a que garante melhores condições para mulheres presas” (BERTONI, 2009). Esse brilhantismo e garra não a pouparam do inconformismo de um jurisdicionado, logo “nos primeiros dias de judicatura”, que não aceitava participar “de audiência presidida por uma mulher”, mas ela “fez valer a sua autoridade, e o ato processual foi realizado” (SEVERINO, 2009).

Maria Berenice Dias foi aprovada no primeiro concurso que homologou a inscrição de mulheres à magistratura do Tribunal do Rio Grande do Sul. Foi uma árdua batalha vencida com o voto de desempate do seu então Presidente: 12 votos contrários, 12 votos favoráveis (GERCHMAN, 2013). Relata haver enfrentado questionamentos que jamais foram feitos a seus colegas homens e o “duplo exame psicotécnico, a proposta de ficar desempenhando atividade administrativa na Capital em vez de assumir a jurisdição, a exigência de usar roupas de gola e manga e cobrir os joelhos”. Pela ordem de classificação foi sua primeira juíza e sua primeira desembargadora. Lembra que diante da “falta de previsão estatutária de licença-gestante” obteve apenas um mês de licença médica, o que a obrigou a amamentar “durante as sessões do Tribunal do Júri”. Ressalva que as restrições a ela impostas “nunca foram por parte dos jurisdicionados, advogados, serventuários ou das comunidades” em que exerceu suas funções (DIAS, 2010). Sua importante e vasta produção doutrinária e a jurisprudência que formou em favor dos direitos das mulheres e contra a discriminação, quer no âmbito do Direito de Família, quer no da identidade de gênero, garantiram-lhe o reconhecimento nacional e internacional e proporcionou o avanço na realização material da igualdade e na concretização dos princípios constitucionais da justiça, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

O tempo passou desde aquelas resistências às candidaturas femininas. A sociedade mudou. Avançamos, é verdade, mas ainda convivemos com a “predominância de um paradigma masculino no exercício profissional que impõe às magistradas posturas”, cobranças e expectativas maiores do que a seus colegas do sexo masculino “e a necessidade constante – ainda hoje – de afirmação” de sua competência para exercer a função (FRAGALE Fº et al., 2015), decorrentes de “percepções frequentemente inconscientes que registram um conteúdo discriminatório” em relação a “atitudes, por vezes, não relevantes que refogem à média, ficam mais visíveis e são potencializadas de forma generalizante” (MIRANDA, 2012, p.61).

É preciso, portanto, desvelar e desarmar os preconceitos para que possamos apreender e traduzir em novas práticas a nova realidade social e chegar à paridade de representação da mulher no Poder Judiciário e levar essa realização da igualdade a todas as esferas constitucionais de competência, à composição dos Tribunais, aos postos das cúpulas administrativas, aos Conselhos nacionais, às bancas de concurso e às escolas de formação.

## 2. A DESIGUALDADE E O PODER

### 2.1. O CÍRCULO VICIOSO DA DESIGUALDADE

Assentado o papel do pensamento dominante na formação social da norma, centra-se a questão em se saber se a norma que é capturada em uma sociedade na qual o poder não está uniformemente distribuído entre ambos os sexos, poderá valorizar e atribuir a mesma liberdade e igualdade às mulheres e aos homens.

O sistema jurídico se orienta para a justiça, em tese, deveria também se orientar para a igualdade e para a liberdade, valores esses que se caracterizam como valores-meio para a realização do valor-fim, a justiça. À mulher, por séculos a fio, tanto a liberdade como a igualdade têm sido negadas e, por decorrência, também o tem sido a justiça.

A negação total ou parcial da liberdade à mulher tem suas raízes na desigualdade de poder, seja ele econômico, político ou social. A desigualdade nas relações de poder, por sua vez, barra, obsta, impede o acesso da mulher à igualdade e a mantém privada da liberdade, porquanto, como nos ensina Norberto Bobbio, “Se por um lado não faria sentido algum dizer que sem liberdade não há igualdade, por outro, é perfeitamente legítimo dizer que sem igualdade (como reciprocidade de poder) não há liberdade” (BOBBIO, 1995, p. 40-41).

Maria Helena Diniz, ao fazer o exame da passagem da norma pressuposta à norma posta, destaca o papel fundamental do poder na positivação da norma. “O poder é elemento essencial no processo de criação da norma jurídica”, pois “toda norma jurídica envolve uma opção, uma decisão por um entre muitos caminhos possíveis” (DINIZ, 1999, p. 25).

Bem por isso, por essa essencialidade do poder no antes e no durante da gênese da norma, a mulher fica aprisionada a uma circularidade de causas e efeitos e submetida a um sistema normativo duplamente excludente: não participa em condições de igualdade com o homem na formulação social da norma porque tem pouco poder e, pela mesma razão, não consegue ser tratada por esse sistema com igualdade, seja durante a construção jurídica da norma e sua aplicação, seja depois quando da sua transformação.

Esse círculo vicioso de desigualdade pode ser constatado em recentes e repetidas manifestações de autoridades públicas e ilustram os mecanismos, conscientes ou não, de afastamento da mulher dos círculos de poder, do exercício da autoridade e da participação na definição das políticas públicas. Para exemplificar, o episódio que se mostra mais emblemático por sua magnitude e repercussão e por transpassar com um só ato os quatro estágios da trajetória da norma (formação social, criação jurídica, aplicação e transformação).

Nos dias que se seguiram a 12 de maio de 2016 uma indagação foi recorrente nos lares, nas ruas e nas redes sociais do Brasil e mesmo fora dele: Por que o corpo ministerial então nomeado, indicado majoritariamente por partidos políticos, fora composto exclusivamente por homens? **P**or que esses



partidos políticos não foram capazes de indicar mulheres, as quais representam pouco mais da metade da população, para compor esse quadro? Por que aqueles partidos políticos se mostraram incapazes de captar as normas pressupostas na sociedade, de compreenderem os movimentos sociais, de ouvir a voz das ruas, que acolhem, cada vez mais, a igualdade de gênero e as políticas inclusivas.

A justificativa para a opção pela desigualdade absoluta pode ser resumida em uma frase: “não foi possível”. Essa “impossibilidade” trouxe à sociedade – aos homens e às mulheres – um retrocesso político inegável, pois desde 24 de agosto de 1982, quando o general João Figueiredo nomeou Esther de Figueiredo Ferraz para chefiar o Ministério da Educação, não se impunha, no Brasil, tal bloqueio cerrado à representatividade de gênero, vale dizer, não se afastava completamente a mulher desse alto patamar de definição e de aplicação das políticas públicas. Como consequência dessa reserva de vagas exclusiva ao sexo masculino, e enquanto perdurou aquela situação, a construção jurídica e a aplicação das normas emanadas a partir do mais alto escalão do Poder Executivo passou a ser elaborada 100% (cem por cento) por homens, ainda que dirigida e aplicável a uma sociedade com menos de 50% (cinquenta por cento) de homens. Esse extremo contraste explica a razão pela qual a expressão “não foi possível” passou a ser sinônimo de exclusão política da mulher e de mecanismo para seu desempoderamento social.

## **2.2. A EXCLUSÃO DA PERSPECTIVA FEMININA**

Avançou-se muito nos últimos anos. Hoje a participação da mulher no orçamento doméstico é significativamente maior, assim como a participação do homem no cuidado dos filhos. Ganharam todos, a mulher no espaço público e o homem no espaço privado.

As mulheres votam, protestam, consomem, influenciam e, cada vez mais, têm consciência do seu papel político. O mundo mudou. A sociedade brasileira e seus grupos sociais mudaram. As relações de influência e de força mudaram. Ao mesmo tempo, contudo, constatou-se a abertura de um enorme fosso entre nossa sociedade e nossos representantes eleitos, especialmente quanto à questão da representatividade de gênero.

No que comporta à presença e ao papel da mulher no Poder Judiciário, esse afastamento não é neutro e nem desimportante. A uma, o ingresso na magistratura se dá exclusivamente por concurso público apenas no 1º grau, após esse patamar o processo de escolha passa pelo crivo dos Poderes Executivo e Legislativo (art. 84, inciso XIV, XV e XVI; art. 94, parágrafo único; art. 101, parágrafo único, todos da Constituição da República Federativa do Brasil – CF/1988), cujos critérios de seleção estarão permeados por aquele distanciamento entre a realidade da diversidade vivida pelo povo e a realidade partidária percebida por seus representantes. A duas, a construção da norma jurídica, sua aplicação e transformação também caminharão em descompasso com as mudanças sociais, seja na definição das políticas públicas, seja na elabo-

ração das normas administrativas, seja na tramitação e votação das propostas de alteração legislativa que tenham por objetivo promover a igualdade inclusiva em relação à mulher, inclusive no âmbito do Poder Judiciário, como é o caso da Proposta de Emenda Constitucional – PEC nº 43, de 2016, que propõe a alteração do art. 94 da CF/1988 para assegurar a diversidade de gênero na composição das listas para preenchimento das vagas do quinto constitucional.

A falta de acuidade na captação da norma formada no espaço social, provocada pelo distanciamento entre os interesses do povo, os representados, e os interesses dos detentores de mandato eletivo, os representantes, comprometeu e seguirá comprometendo mais pesadamente à mulher, que trava constantes e difíceis batalhas para aportar sua voz ao espaço público no qual são pressupostas, construídas, aplicadas e transformadas as normas. Temos que nele vencer múltiplas camadas de proteção à reserva do poder: de gênero, de cor, de crença, de classe social e até de idade.

A exclusão da perspectiva feminina na transposição dessas normas ao espaço jurídico – seja ela construída no âmbito Executivo, Legislativo ou mesmo do Judiciário – esvazia o conteúdo material do princípio constitucional da igualdade e enfraquece a legitimidade democrática e a eficácia social dessas mesmas normas, uma vez que não espelharão a diversidade da sociedade à qual serão aplicadas. Por consequência, enfraquecerá e esvaziará as ações voltadas à paridade da representação da mulher no Poder Judiciário.

Isso acontece, por exemplo, quando se decide “por um entre muitos caminhos possíveis” (DINIZ, 1999, p. 25), que a composição de uma banca de concurso será exclusivamente masculina, com *todas* as vagas reservadas aos homens. Essa opção fará com que as regras administrativas consignadas nos editais, a escolha da bibliografia, do modo de formulação e de apresentação das questões, a avaliação da fundamentação e da metodologia de solução dos problemas, as perguntas nas entrevistas e a decodificação das respostas sejam todas elaboradas, compreendidas e interpretadas sob e a partir da monocular visão masculina, como se ela fosse a referência capaz de representar sozinha a plenitude de ambos os sexos.

Sem a participação da mulher como agente no processo de formação da norma, como acima ilustrado, não será possível passar da igualdade que está preceituada àquela que é praticada, da igualdade posta na lei à igualdade de fato. É a mulher, principal envolvida no processo de realização da igualdade de gênero, quem melhor está capacitada para atribuir relevância a uma razão ou a um critério para a discriminação que venha a igualar ou a desigualar pessoas, relações e situações na norma posta.

Daí a importância de se refletir sobre as indagações antes formuladas para entender o problema que constrange as mulheres: a desigualdade de representação nas relações de poder, dentre elas as vivenciadas nas funções e cargos próprios da magistratura. O problema existe e seu estudo é essencial para que se encontre respostas e soluções, as quais demandam a participação e a cooperação de todos: homens e mulheres, instituições públicas e privadas.

### 3. A NATURALIZAÇÃO DA DESIGUALDADE

#### 3.1. A NATURALIZAÇÃO HORIZONTAL DA DESIGUALDADE

O papel da família é de fundamental importância ao desenvolvimento das relações de poder e não pode ser desconsiderado quando se estuda a formação social da norma. É que as desigualdades entre mulheres e homens têm como uma de suas notas mais comuns o fato de que elas nascem, crescem e se mantêm a partir do ambiente doméstico.

Foram séculos a fio nos quais “o sistema jurídico embalou com formas diferentes de redução da mulher a um ser juridicamente incapaz. Uma potencialidade contida. O traço de exclusão da condição feminina marcou o patriarcado e fundou um padrão familiar sob a lei da desigualdade.” (FACHIN, 1999, p. 15). Com efeito, é a partir do espaço privado, hoje e desde sempre, que têm sido elaboradas as estruturas de distribuição de poder e se tem preparado a mulher, em geral pela própria mulher, para a submissão e o homem para exercer a dominação (BOBBIO, 1995, p. 60).

Desde essa origem recorrente, portanto, se estabelecem relações de gênero que acabam se traduzindo em relações de poder, desenvolvidas mediante negativas e constrangimentos ao exercício da *liberdade física*, do *desenvolvimento psíquico* e da *valorização social* da mulher, reservando-se ao “homem o poder econômico-racional” e às “mulheres o poder dos afetos” (WARAT, 2000, p. 133), como se cada um portasse, por sua própria natureza, capacidades que os habilitassem a um e não a outro papel.

Essa naturalizada decodificação social de “valência diferencial dos sexos” (HÉRITIER, 2011, p. 21-22), externada naquelas barreiras, privaram e, ainda, privam a menina, a jovem e a mulher de desenvolver habilidades, adquirir vivências, apreender conhecimentos, exercitar a liderança e até mesmo de abraçar, sem culpa, um projeto pessoal de carreira.

Do espaço doméstico ao espaço social, do passado ao presente, duas constatações podem ser feitas. Primeiro, quando se priva a mulher das oportunidades de aprendizado, se está afastando a mulher do saber. Essa constatação se aplica a todas as pessoas às quais seja negada a educação incluyente e apta a lhes franquear uma justa disputa no mercado de trabalho. Isso acontecia e acontece desde as experiências lúdicas, como empinar um papagaio na rua, e chega ao acesso à educação formal; desde o antigo “*já estudou o suficiente para uma moça*” até o atual “*já passou no concurso, quer estudar mais o quê?*”. Segundo, quando se diz que *a política não pertence à mulher*, se está dizendo, na verdade, que *o poder não pertence à mulher*. Voltando ao papagaio, note-se a correspondência entre o espaço da rua e o espaço da política. Ambos estão, “*por natureza*”, reservados ao sexo masculino e, por consequência, barrados, direta ou indiretamente, explícita ou sutilmente, ao sexo feminino.

As duas constatações acima permitem concluir que mecanismos sociais, como o ilustrado, acabaram por transmutar um *dado histórico* (não é coisa e nem lugar de menina) em um *dado da natureza* (não é da natureza da mulher) e, dele, a um *dado cultural* (não é o espaço adequado ao sexo feminino).

Essa transposição se deu, e se dá, mediante um processo histórico de naturalização horizontal da desigualdade, desde as sociedades mais antigas, no qual a compreensão de mundo, sua simbologia e seus valores, foi elaborada a partir e sob a perspectiva masculina e reproduzida por “instâncias como a Família, a Igreja, a Escola e o Estado”, as quais legitimaram, por meio de “ações políticas e práticas cotidianas” (BREDEK, 2010, p. 37), esquemas de pensamento que valorizaram um sexo, o masculino, em detrimento de outro, o feminino (HÉRITIER, et al., 2011, p. 19-75).

### 3.2. A NATURALIZAÇÃO VERTICAL DA DESIGUALDADE

A naturalização horizontal de papéis, no fluir do tempo, se fez acompanhar pela naturalização vertical da desigualdade, a qual trespassa e contamina os espaços privado e público, para em ambos atribuir a dominação ao homem e a subordinação à mulher. Essa relação de poder desigual é o elemento essencial a uma série de práticas e comportamentos, conscientes e inconscientes, que afastam a mulher do saber, da autoridade e do poder e que, no limite, se prestam a justificar a violência contra a mulher, em especial a violência doméstica.

É que a “falta de compreensão sobre as desigualdades e as relações de poder que são construídas junto aos papéis associados ao gênero masculino e feminino leva à negação de direitos e diferentes níveis de tolerância social” com o comportamento violento (INSTITUTO PATRICIA GALVÃO, 2015). De fato, quando o agressor diz ter batido porque a vítima o fez por merecer, ele está fundamentando seu ato no poder-sobre (SÈVE, 2002), o qual ele entende ter recebido da sociedade, diante da condição feminina dela e da desvalorização ancestral que é reforçada a cada ato de desigualdade de oportunidades e de tratamento praticado no espaço privado, em especial no doméstico, e no espaço público, em particular no estatal.

Cabe lembrar o episódio, de 25 de maio de 2017, em que a Juíza Nirvana Coelho de Mello, da 27ª Vara Cível da Capital/Família, em Maceió, foi agredida pelo requerido após a leitura da sentença que o impediu de visitar suas filhas enquanto não fosse submetido a um exame psiquiátrico. Na ocasião ele teria afirmado estar certo e ter razões e motivos para a agressão (RODRIGUES; OLIVEIRA, 2017). Com desdobramentos ainda mais graves, a Juíza Tatiane Moreira Lima, da Vara de Violência Doméstica do Butantã, na zona oeste de São Paulo, foi agredida, em 30 de março de 2016, por um homem que respondia a um processo criminal por suspeita de agredir sua ex-mulher (LIMA; HISAYASU, 2016). Em ambos os casos a violência doméstica ultrapassou os limites do espaço privado e avançou para o espaço público, mas alimentada pela mesma nota de naturalização da desvalorização da mulher e da consequente violência de gênero.

É essa responsabilidade vicária e de natureza política (ARENDDT, 2004, p. 216), materializada na tolerância social com a desigualdade de gênero, que impõe não só às mulheres, mas a toda a sociedade a tarefa de perceber (olhar), compreender (ver) e superar (reparar) os prejuízos coletivos da barreira cerrada de reserva de vaga em favor do sexo masculino ainda presente no espaço público da autoridade e do poder (PINHO, 2008, p. 375), estejam elas no Executivo, no Legislativo ou no Judiciário.

O processo de injusta desigualdade de oportunidades e de tratamento ao exercício da liderança, autoridade e poder ao qual foi submetida a mulher; a negativa de aportar à regulação da sociedade – que se realiza também pela função jurisdicional – a compreensão de mundo que lhe é própria, faz com que todos sejam prejudicados em ambos os espaços. Não há vencedores. Perdem as mulheres, que acreditam que seu espaço de poder é apenas o espaço privado; perdem os homens, que acreditam que seu espaço de realização é apenas o espaço público e perde a sociedade que pressupõe normas, as transporta para as leis por seus representantes e as aplica, a mulheres e a homens, a partir de uma perspectiva monocular de mundo: a perspectiva do sexo masculino.

## **4. A IGUALDADE E O PODER**

### **4.1. O CÍRCULO VIRTUOSO DA IGUALDADE**

Se o papel social que se designou à mulher foi construído; se foi histórica, cultural e socialmente elaborado, ele também pode ser desconstruído e reconstruído em novas bases, em termos de igualdade de oportunidades e de direitos para ambos os sexos. É possível e algumas mulheres bem o demonstraram.

A ousadia e a persistência daquelas magistradas do passado, sobre cujos ombros é possível enxergar mais ao longe (KRAVETZ, 2017), mostram que é possível avançar e que assim se tem feito, mas há ainda um longo caminho a percorrer. Nele é preciso ter atenção e perquirir o quanto aquela alquimia de conversão de um dado histórico em um dado da natureza e dele a um dado cultural está impregnada na maneira de se pensar. Tal reflexão crítica poderá ajudar a entender, por exemplo, porque quando a mulher ultrapassa a barreira da exclusão e abraça um projeto de liderança, ela enfrenta expressivas dificuldades (até da parte das próprias mulheres) para obter esse posto em face de um homem.

Tanto é preciso revisar a condicionada forma de pensar que, decorridos mais de sessenta anos da posse de Thereza Grisólia Tang, passadas três gerações, ainda há quem diga que a judicatura não é para mulheres e quem pense que uma Vara Criminal não é adequada à “natureza” feminina. É preciso atentar para as causas da desigualdade de representação e desvelar seus mecanismos para que se possa reconhecer a injustiça que ela representa e demonstrar que sua correção é necessária e será boa para toda a sociedade.

A percepção do problema e de suas causas, portanto, é essencial para que se possa reconhecer a existência do problema e fazer a passagem para o

círculo virtuoso de igualdade. Com ela será possível o diálogo entre mulheres e homens para que se possa ter claro (i) o que se quer como igualdade, (ii) como se quer chegar até a justa representatividade de gênero no âmbito das carreiras jurídicas, como a magistratura, e (iii) estabelecer o consenso quanto aos critérios de discriminação positiva e de discriminação negativa (PINHO, 2008. p. 357-386).

Uma abordagem cooperativa e includente das mulheres na magistratura brasileira – na concepção das políticas públicas de representatividade, em sua progressão na carreira, no seu acesso aos cargos de direção e liderança, na composição de bancas de concurso e no preenchimento de vagas em órgãos de abrangência regional e nacional – tende a neutralizar e a corrigir eventuais generalizações e desvios incompatíveis com a igualdade pretendida e que possam resultar em mais discriminação (HABERMAS, 2002, p. 296).

A igualdade, sob uma perspectiva habermasiana e no contexto da democracia, tem que “ser concebida como um *procedimento de inclusão formal e material nos discursos de justificação e aplicação das normas*, e o direito só pode ser tido como legítimo se garantir essa igualdade nos discursos que realiza” (GALUPPO, 2002, p. 208), o que reforça a necessidade da participação e da conciliação de todos os envolvidos no problema.

Assegurar a igualdade às mulheres não significa destinar a desigualdade aos homens, pois o procedimento de inclusão formal e material da mulher não implica, obrigatoriamente, a exclusão do homem. Uma regra que imponha, por exemplo, um percentual mínimo de cada sexo em uma banca de concurso ou no corpo de docentes de um curso de formação, aliada a critérios transparentes e objetivos de escolha, traduz-se na observância da igualdade e, hoje, laborará no sentido da inclusão da mulher no âmbito da magistratura, da sua proteção (e da integralidade da sociedade a ser representada) diante das situações de reserva exclusiva, ou quase, a apenas um dos sexos, mas com isso não se estará a excluir o homem. Quem garante que no futuro não seja o sexo masculino a se beneficiar desse fator de equilíbrio?

Uma vez percebido o problema e reconhecida sua existência, uma vez que se tenha claro o que se quer e como se quer chegar à igualdade, o caminho para romper o círculo vicioso de sub-representação das mulheres na magistratura, em especial no âmbito da Justiça Federal comum, demanda que se: (i) identifique os espaços de sobre-representação masculina; (ii) diagnostique as causas objetivas e subjetivas da sub-representação feminina em cada um desses espaços; (iii) prepare um projeto consensual de igual representação, apto a criar oportunidades dirigidas à paridade de forças para, em ondas crescentes e com reavaliações periódicas, chegar-se à materialização da justa igualdade entre mulheres e homens.

## **4.2. A INCLUSÃO DA PERSPECTIVA FEMININA**

Por ocasião das comemorações do dia da mulher, em março de 2017, a Associação Paranaense dos Juízes Federais – APAJUFE, ouviu a Desembarga-

dora Claudia Cristina Cristofani, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4, primeira mulher paranaense a tomar posse naquele tribunal.

Para ela “ser juíza federal significa a oportunidade de interferir” e colaborar, ciente de que “um rio de possibilidades, de existência humana, de situações, passa” por suas mãos. Expressa sua gratidão pela oportunidade de desempenhar essa função pública há tantos anos e sua vontade de estar à altura. Lembra que na Grécia Antiga o direito era aplicado por júris muito numerosos porque se partia do pressuposto de que o juiz buscava na sociedade o direito a ser aplicado no caso concreto. Destaca a validade desse conceito e pondera que a presença da mulher nos tribunais significa que haverá “mais uma representante de uma fatia da sociedade que está sendo julgada, que está em dinâmica”, com isso, a mulher poderá “protagonizar o outro lado, o lado do aplicador do direito, o lado daquela que enxerga como o direito se desenvolve na sociedade para poder aplicar”. Entende que essas “possibilidades são muito boas e elas precisam ser estudadas com seriedade e aplicadas”, como forma de “enxergar ângulos de uma forma mais rica, a mulher não se antagonizando ao homem como melhor ou pior e nem se comparando ao homem como uma perspectiva que tenha ele como métrica”. Ressalta que ambos são igualmente importantes e que a presença da mulher nesse contexto permite que “a visão do direito seja exercida de uma forma mais rica” e abra espaço para ela se coloque “nessa equação de uma maneira extremamente digna” e boa para toda a sociedade, com resultados positivos no bem-estar social, na educação e formação dos filhos e na riqueza produzida pela cessão onerosa de sua força de trabalho (APAJUFE, 2017).

O direito, portanto, para refletir “a realidade dos homens e a realidade das mulheres” sob uma perspectiva integral, não pode tomar em conta apenas a visão parcial do homem, pena de assim fazendo nele codificar “as opiniões, as necessidades e os conflitos” de só um dos sexos, o masculino (DAHALL, 1992, p. 5). Além disso, a participação da mulher como agente no processo de formação da norma “agudiza a dialética entre igualdade de direito e igualdade de fato” e deixa claro que o reconhecimento de seus direitos na norma não se trata de um favor do “Estado social no sentido da participação justa”, mas, sim, a atribuição do que lhe é devido: “uma configuração autônoma e privada da vida”, que se faz acompanhar de “uma participação, em igualdade de direitos, na prática de autodeterminação de cidadãos” (HABERMAS, 1997, v.2, p. 160).

A concepção de igualdade contemporânea, condizente com a quarta dimensão de direitos humanos e com a sociedade pluralista desta quadra histórica é, pois, “uma igualdade *aritmeticamente inclusiva*” (GALUPO, 2002, p. 213). No processo de participação democrática, cada pessoa deve ser vista como aritmeticamente igual. De modo que mulheres e homens possam ter acesso aos mesmos argumentos e posições e todos possam aportá-los, ainda que por um veículo comum, como uma associação de classes. É essencial que ambos os sexos tenham nesse processo as mesmas chances de ter a mesma importância e o mesmo peso, de modo a legitimar o resultado nele obtido, seja a eleição de um representante do povo ou de uma categoria profissional, seja a produção



de uma lei ou de um regulamento administrativo, seja uma decisão colegiada ou a escolha de um integrante de uma banca de concurso.

## CONCLUSÃO

O Censo Judiciário de 2014, realizado pelo CNJ, mostrou a baixa representatividade feminina no Poder Judiciário. O que justifica essa desigualdade na composição do quadro da magistratura brasileira? Tal indagação reflete o problema central da desigualdade de gênero e suas consequências no âmbito do Poder Judiciário.

A hipótese proposta, para desenvolver o tema igualdade de gênero e poder na sua integração com a representatividade da mulher na magistratura, consistiu em investigar se a baixa representatividade da mulher na magistratura brasileira guarda relação com a desigualdade nas relações de poder que se manifesta desde a formação social da norma, passa por sua construção jurídica e interfere na sua aplicação e posterior transformação. A abordagem escolhida teve como perspectiva e limite o fluxo desencadeado pela tríade: modelo arcaico dominante, percepção e negação da desigualdade.

O desenvolvimento principiou pela gênese social da norma, detendo-se no padrão de normalidade definido pela sociedade e no papel do pensamento dominante, os quais resultam no modelo de desigualdade que alcança a presença da mulher na magistratura.

Na sequência examinou-se o círculo vicioso da desigualdade e a exclusão da perspectiva feminina sob o aspecto das relações de poder e da distribuição dos papéis sociais, para concluir que o injusto afastamento da mulher do exercício da política (em sentido amplo, da arte de negociação no espaço público) a impediu de participar ativa e igualmente do processo de formação da norma e a ela aportar a compreensão de mundo que lhe é própria.

Assentou-se que a igualdade de representação e de oportunidades de participar do processo de decisão do que é e do que não é essencial ao direito deve garantir efetivamente – a todas e a todos – as mesmas chances, estar presente desde a formação social da norma, expressar-se, com toda a sua força, no momento de sua construção jurídica, permanecer atuante na fase de aplicação da norma e reapresentar-se quando as mudanças sociais impulsionarem a transformação do direito positivo.

A exclusão da perspectiva feminina desse processo de regulação da sociedade, como se viu, esvazia o conteúdo material do princípio constitucional da igualdade e enfraquece a legitimidade democrática e a eficácia social dessas mesmas normas, por não espelharem a diversidade da sociedade à qual serão aplicadas, enfraquecendo e esvaziando, por decorrência e no particular, as ações voltadas à paridade de representação da mulher no Poder Judiciário.

A investigação voltou-se à função da família na produção e reprodução dos mecanismos sociais que elaboram e mantêm a desigualdade de poder e a naturalização horizontal de papéis, no tempo, atribuindo a dominação ao



homem e a subordinação à mulher, mediante um processo de transmutação de um dado histórico (não é atividade e nem lugar de mulher) em um dado da natureza (não é da natureza da mulher) e daí em um dado cultural (não é função do sexo feminino). Concluiu-se que os papéis sociais que foram destinados à mulher, por um processo de naturalização vertical, permearam os espaços privado e público, constituindo-se em fator de desigualdade social e, por consequência, de desigualdade jurídica.

Identificou-se a presença de uma responsabilidade vicária, externada na tolerância social com a desigualdade de gênero, a qual impõe para toda a sociedade a tarefa de perceber, compreender e superar a barreira cerrada da reserva de vaga ao sexo masculino ainda presente no espaço público da autoridade e do poder, estejam elas no Executivo, no Legislativo ou no Judiciário. O prejuízo correspondente a tal responsabilidade é também coletivo e alcança ambos os espaços. Não houve vencedores. Perderam as mulheres, que acreditaram que seu espaço de poder era apenas o espaço privado; perderam os homens, que acreditaram que seu espaço de realização era apenas o espaço público e perdeu a sociedade que pressupôs normas, as transportou para as leis por seus representantes e as aplicou, a mulheres e a homens, a partir de uma visão monocular de mundo: a do sexo masculino.

O derradeiro tópico cuidou da passagem ao modelo de igual valorização para ambos os sexos trilhando o caminho inverso do modelo arcaico. É que se o papel social que se designou à mulher foi construído, se foi elaborado no curso da história e incorporado à cultura, ele também pode ser desconstruído e reconstruído em novas bases, em termos de igualdade de oportunidades, de tratamento e de direitos para ambos os sexos.

Antes de ser jurídico, o poder é uma construção histórica e uma prática social, o que reafirmou a ideia de que as condições de igualdade e de equilíbrio de poder nas relações entre mulheres e homens devem ser perseguidas nos quatro estágios da trajetória da norma: sua formação social, sua construção jurídica, sua aplicação e sua posterior transformação mobilizada pelas próprias mudanças culturais.

A proposta ao problema analisado, uma vez que se tenha clareza e acordo quanto ao que se quer e como se quer essa representatividade de gênero, alinhou as seguintes ações: (i) reconhecer sua existência, (ii) diagnosticar suas especificidades, (iii) comunicar a todas e a todos os resultados dessa prospecção, (iv) discutir os possíveis caminhos e instrumentos para sua solução, (v) implementar as propostas elegidas como eficientes e, por fim, (vi) cotejar periodicamente os resultados obtidos com as metas pretendidas.

É possível, portanto, superar barreiras, é possível a substituição daquele modelo dominante por outro que valorize igualmente ambos os sexos, é possível abraçar carreiras jurídicas como a magistratura e, mais, é possível nelas progredir e participar do processo de elaboração das normas a serem construídas no espaço do Poder Judiciário – administrativas ou judiciais – aportando a elas a compreensão de mundo da mulher. Daí a importância dessa oportunidade

de investigar e refletir sobre a participação feminina no Poder Judiciário, de conhecer histórias de superação da desigualdade e de buscar um caminho cooperativo e conciliador para a justa representatividade de ambos os sexos.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jane Soares de. As relações de poder nas desigualdades de gênero na educação e na sociedade. *Série-Estudos - Periódico do Programa de Pós-Graduação em Educação da UCDB, Campo Grande-MS*, n. 31, p. 165-181, jan./jun. 2011.

ARENDDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

**ASSOCIAÇÃO PARANAENSE DOS JUÍZES FEDERAIS - APA-JUFE**. Entrevista com a Desembargadora Federal Claudia Cristofani. Facebook, 08 mar. 2017. Disponível em: <<https://facebook.com/apajufe/videos/1403972059676070/>> Acesso em: 09 mar. 2017.

BERTONI, Estêvão. A primeira juíza do Brasil tinha orgulho de vestir a toga. **Folha de São Paulo, Cotidiano**. São Paulo, 23 out. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2310200923.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. 4. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. **Igualdade e liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOISBRUNET, Ludovic. **La justice des femmes**: Essai sur la féminisation de la magistrature française. Paris: COPYTOP, 2003 [ISBN: 2-9520857-0-6].

BREDER, Debora. Françoise Héritier & Pierre Bourdieu: a construção hierárquica da diferença masculino/ feminino. **Cadernos do Campo**, São Paulo, USP, n.19, p. 35-45, 2010.

**CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ**. Censo do Poder Judiciário, VIDE – Vetores Iniciais e Dados Estatísticos, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/dpj/CensoJudiciario.final.pdf>> Acesso em 07 set. 2017.

COSTA, Gizela Nunes da. Auri Moura Costa. THEMIS, Revista da ESMEC, TJCE Editora, Fortaleza, vol. 13, p. 17-22, 2015. Disponível em: <<http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/09/Themis-13.pdf>> Acesso em: 28 ago. 2017.

DAHL, Tove Stang. **O direito das mulheres**: uma introdução à teoria do direito feminista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

DIAS, Maria Berenice. Posse como Desembargadora do Tribunal de Justiça [do Rio Grande do Sul, em 28 out. 1996]. **Maria Berenice Dias**, Discursos, 10 mar. 2010. Disponível em: <[www.mariaberenice.com.br/discursos.php?codigo=825&termobusca=#anc](http://www.mariaberenice.com.br/discursos.php?codigo=825&termobusca=#anc)> Acesso em: 14 mar. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FRAGALE F<sup>o</sup>, Roberto; MOREIRA, Rafaela Selem; SCIAMMARELLA, Ana Paula de O. Magistratura e gênero: um olhar sobre as mulheres nas cúpulas do judiciário brasileiro. **e-cadernos ces** [online], n. 24, 15 dez. 2015. Disponível em: <<https://eces.revues.org/1968>> Acesso em: 20 ago. 2017.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GERCHMAN, Léo. A Juíza dos Afetos: entrevista com a desembargadora aposentada Maria Berenice Dias, **Zero Hora**, Porto Alegre, 03 nov. 2013 [?], Com a Palavra. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/pagina/maria-berenice-dias.html>> Acesso em: 14 mar. 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

\_\_\_\_\_. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. [Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe.] São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HÉRITIER, Françoise; PERROT, Michelle; AGACINSKI, Sylviane; BACHARAN, Nicole. **La plus belle histoire des femmes**. Paris: Éditions du Seuil, 2011.

**INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO**. Sobre a Violência Contra as Mulheres, São Paulo, 10 set. 2015. Disponível em: <<http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/sobre-as-violencias-contr-a-a-mulher/>> Acesso em: 14 jun. 2017.

KRAVETZ, Luciane Clève Merlin. **UniBrasil Centro Universitário**, Projeto Mulheres Paranaenses, Discurso de Saudação, Curitiba, 15 mar. 2017.

LIMA, Tatiane Moreira; HISAYASU, Alexandre. ‘O que sofreu foi violência de gênero’, afirma juíza agredida em São Paulo. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 05 abr. 2016. Disponível em: <<http://m.sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,o-que-sofriu-foi-violencia-de-genero—afirma-juiza-agredida-em-sp,10000024841>> Acesso em: 05 abr. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MIRANDA, Sérgio. Judiciário se feminiza cada dia mais. **Revista de Direitos Humanos da AMB**, AMB, Brasília, p. 60-61, jan. 2012. Disponível em: <[www.amb.com.br/docs/publicacoes/Outros/Revista\\_Direitos\\_Humanos\\_AMB\\_site.pdf](http://www.amb.com.br/docs/publicacoes/Outros/Revista_Direitos_Humanos_AMB_site.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2017.

NINIO, Marcelo. ‘Quanto mais diversidade, melhor’ dizem EUA sobre ministério de Temer. **Folha de São Paulo**. Poder, São Paulo, 13 maio 2016. Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1771127-quant>>

to-mais-diversidade-melhor-dizem-eua-sobre-ministerio-de-temer.shtml>  
Acesso em: 16 maio 2016.

PASSARINHO, Nathalia; MATOSO, Filipe. 'Partidos não indicaram', diz Padilha sobre falta de mulheres no ministério. **G1**, Política, 13 maio 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/05/partidos-nao-indicaram-diz-padilha-sobre-falta-de-mulheres-no-ministerio.amp>>  
Acesso em: 21 ago. 2017.

PINHO, Leda de Oliveira. **Princípio da igualdade**: investigação na perspectiva de gênero. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2005.

\_\_\_\_\_. A Outra Face da Discriminação Positiva: uma investigação sobre os parâmetros para limitação da discriminação negativa gerada pelas políticas públicas e privadas de ação afirmativa. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SCHÄFER, Jairo Gilberto (Org.) et al. **Curso Modular de Direito Constitucional**. Florianópolis: Conceito Editorial. 2008. p. 357-386.

\_\_\_\_\_. Thereza Grisólia Tang: a trajetória da primeira discente a UFRGS. Faculdade de Direito do Rio Grande do Sul. **Baú de Memórias**. 27 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/direito/gerenciador/uploads/Thereza%20Gris%C3%B3lia%20Tang%202.pdf>> Acesso em: 27 mar. 2017.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

**REVISTA ISTO É**. Padilha diz que Temer tentou, mas não conseguiu indicar mulheres em ministério. Economia. Estadão Conteúdo. 13 maio 2016. Disponível em: <<http://m.istoedinheiro.com.br/noticias/economia/20160513/padilha-diz-que-temer-tentou-mas-nao-conseguiu-indicar-mulheres-ministerio/372853>> Acesso em: 16 maio 2016.

RODRIGUES, Cau; OLIVEIRA, Ricardo. Homem surta e tenta agredir juíza durante audiência em Maceió. **G1**, TV Gazeta, Alagoas, 25 maio 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/homem-surta-e-tenta-agredir-juiza-durante-audiencia-em-maceio.ghtml>> Acesso em: 28 maio 2017.

SÈVE, Micheline de. Convite a uma partilha do poder. [Tradução: Swain, Tania Navarro.] **Revista Librys**, estudos feministas, Brasília, UNB, n. 1-2, jul./dez. 2002. Disponível em: <<http://www.unb.br/ih/his/gefem/>> Acesso em: 01 abr. 2003.

SEVERINO, Fabrício. A eterna responsabilidade de quem cativa. **O JUDICIÁRIO** - Jornal Mensal da Associação dos Magistrados Catarinenses. Santa Catarina, Ano IV, n. 38, jun. 2009. Disponível em: <[http://www.amc.org.br/portal/o\\_judiciario/2009/AMC200906.pdf](http://www.amc.org.br/portal/o_judiciario/2009/AMC200906.pdf)> Acesso em: 11 mar. 2017.

TELLES JR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

**TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO CEARÁ** - TRE/CE. Institucional. Memória Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tre-ce.jus.br/institucional/memoria-eleitoral/desembargadora-auri-moura-costa>> Acesso em: 12 mar. 2017.

**UNIVERSIDADE DO RIO GRANDE DO SUL.** Centro Acadêmico André da Rocha. **Morre primeira juíza do país, antiga aluna da UFRGS.** Comunicação. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/caar/?p=1063>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

WARAT, Luis Alberto. **Por quem cantam as sereias:** informe sobre ecocidadania, gênero e direito. Porto Alegre: Síntese, 2000.



# NEOINSTITUCIONALISMO E REPRESENTATIVIDADE DAS MULHERES NO SISTEMA DE JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DA PEC N.º. 43/2016

10

*Clara da Mota Santos Pimenta Alves<sup>1</sup>  
Gabriela Macedo Ferreira<sup>2</sup>*

## INTRODUÇÃO

A discriminação de gênero, durante muito tempo, foi tratada como um problema atrelado a intenções e decisões pessoais (ALBISTON, 2017). A própria legislação brasileira veda a prática compreendendo-a, via de regra, como uma demonstração explícita do ânimo de ofender e excluir. Essa é a linha adotada pela Lei n.º. 7.716, de 1989, que contempla a criminalização de diversas formas de preconceito, ainda sem tratar, no entanto, de gênero e orientação sexual. Mas estudar o aspecto da intencionalidade não é mais suficiente para a solução das questões contemporâneas deste campo. Diante de uma Constituição que contém uma previsão abrangente de erradicação de desigualdades, é urgente falar da discriminação institucional, aquela que, segundo Roger Raupp Rios (2012), “volta-se para a dinâmica social e a normalidade da discriminação que ela engendra”.

Este trabalho busca analisar uma específica vertente de arranjo institucional que tem gerado resultados discriminatórios quanto ao gênero: a forma de acesso aos tribunais que compõem o Poder Judiciário. Como já se identifica uma trajetória acadêmica que vem discutindo entre nós o provimento de cargos por mulheres no âmbito do Supremo Tribunal Federal e em outras cortes superiores, conforme podemos ver nos trabalhos de Bonelli (2011), Fragale Filho et al. (2015) e Gomes (2017), pretendemos lançar nosso olhar sobre o percurso de carreira das magistradas do primeiro para o segundo grau de jurisdição.

<sup>1</sup> Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília. Coordenadora da Comissão de Acompanhamento do Trabalho da Mulher da AJUFE (Associação dos Juizes Federais do Brasil).

<sup>2</sup> Especialista em Direito Processual Civil pelo JusPodivm. Membro do Comitê Executivo Estadual do Fórum Nacional de Saúde do Conselho Nacional de Justiça.

O debate que nos interessa, mais especificamente, recai sobre a Proposta de Emenda à Constituição n.º. 43, de 2016, de autoria da Senadora Vanessa Grazziotin, do PC do B do Amazonas, que visa a alterar o chamado “quinto constitucional”, dispondo que, tanto na lista sêxtupla elaborada pelos órgãos de classe quanto na lista tripla formada pelos tribunais, deve ser respeitado um percentual mínimo de participação de cada um dos gêneros masculino e feminino<sup>3</sup>.

A proposição legislativa permite que se jogue luz sobre aspectos relativos: i) ao enviesamento de gênero e discriminação indireta no ingresso e nas promoções da carreira da magistratura; ii) à análise do impacto efetivo que a mudança constitucional cogitada pode acarretar em termos de equidade.

Os dados empíricos que consideraremos para tratar da primeira indagação foram extraídos de pesquisa quantitativa realizada pela Comissão Ajufe Mulheres, instituída no âmbito da Associação dos Juizes Federais do Brasil para cuidar dos direitos relativos às associadas da entidade. No caso específico, 203 magistradas responderam às perguntas acerca da sua situação funcional, eventual discriminação sofrida em virtude do gênero e aspectos correlatos. Assim, o exame da aplicabilidade da PEC n.º. 43/2016 considerará exemplificativamente as peculiaridades do universo da magistratura federal.

Além disso, como diversas perspectivas sempre concorrem para que se encontre o melhor olhar acerca de uma questão, optaremos por trilhar a resposta para tais perguntas a partir de um marco teórico centrado no “neoinstitucionalismo”, isto é, na dinâmica de se repensar as estruturas que, pela sua suposta neutralidade, acabam por perpetuar situações desfavoráveis e discriminatórias para as mulheres e outras minorias. Por outro lado, enfoques institucionais inclusivos acabam por gerar efeitos benéficos variados, de ordem econômica, como vemos na obra de Daron Acemoglu e James Robinson (2012), e relativos à qualidade da prestação jurisdicional (SEVERI, 2016), que passa a ser influenciada por experiências heterogêneas e se torna mais próxima da realidade vivenciada pelas mulheres.

Assim, queremos contribuir um pouco para a reflexão em torno de uma proposta que não tem recebido a devida atenção tanto no âmbito do Congresso Nacional, onde tramita ainda sem relator perante a Comissão de Constituição Justiça e Cidadania, quanto no Poder Judiciário, lugar em que a desigualdade institucional de gênero ainda é pouco esclarecida e tem tímido enfrentamento.

---

<sup>3</sup> Diz a nova redação proposta para o art. 94 da CF: “Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados pelos órgãos de representação das respectivas classes em lista sêxtupla que respeitará participação mínima de um terço de cada um dos gêneros masculino e feminino. Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, respeitando participação mínima de um terço de cada um dos gêneros masculino e feminino, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.”



## 2. DIFICULDADES ENFRENTADAS PELAS MULHERES NAS PROMOÇÕES DA CARREIRA DA MAGISTRATURA FEDERAL: RESULTADOS DE PESQUISA REALIZADA PELA AJUFE

A magistratura federal é o segundo ramo mais masculino do Poder Judiciário, ficando atrás apenas da justiça militar estadual. Os dados do Censo do Poder Judiciário do ano de 2014 revelam que as mulheres são hoje 26% da força de trabalho da instituição. No âmbito dos Tribunais Regionais Federais, a média se reduz ainda mais e passa-se a contar com um percentual de aproximadamente 20% de participação feminina. Há, inclusive, tribunal que não possui nenhuma mulher em sua composição, como é o caso do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que engloba seis estados do nordeste brasileiro (ALVES, 2017).

As promoções na magistratura são regidas pelas disposições do art. 93 da Constituição de 1988, que prega a alternância entre os critérios de antiguidade e merecimento, sendo que apenas este último poderia ter o condão de ampliar os percentuais de representatividade, afinal é uma decorrência lógica que a baixa presença de mulheres na base da carreira se perpetua no caso da ascensão pelo mero decurso do tempo. Tal realidade é ainda agravada pelo fato de que a presença de mulheres era menor em gerações passadas, sendo lenta a produção de reflexos do ingresso de novas juízas.

Os mecanismos relativos ao preenchimento de vagas através das promoções de magistradas e do “quinto constitucional” não têm sido capazes de manter, em segundo grau, os percentuais de participação feminina que se mostram já reduzidos na primeira instância.

Uma particularidade importante para a compreensão deste gargalo é a “titularização” a que se submetem os juízes e juízas federais. A promoção do cargo de juiz federal substituto para o de titular implica mudança de cidade, na maior parte das vezes. Por força de mandamento constitucional, o início da judicatura se dá no cargo de juiz federal substituto, e, para que ocorra ascensão, é necessária a promoção para os cargos de juiz federal titular que estejam vagos. Tais cargos costumam ser aqueles que se encontram nas piores localidades de cada região. Por essa dinâmica, os juízes substitutos que estão nas melhores posições após alguns anos de carreira, normalmente já lotados em capitais, para se tornarem titulares, são obrigados se deslocar para lugares mais distantes<sup>4</sup>.

Não há dúvida de que o modelo se mostra disfuncional e pouco atrativo também para os homens, afinal o incremento salarial é de apenas 5% do valor do subsídio e o custo pessoal de mudança de localidade é sempre alto. Porém,

---

<sup>4</sup> Esse tema encontra-se tratado no Projeto de nova Lei Orgânica da Justiça Federal, encaminhado pelo Conselho da Justiça Federal para o Superior Tribunal de Justiça, na data de 07/03/2013. Ver: <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2013/marco/cjf-encaminha-ao-stj-an-teprojeto-de-lei-organica-da-justica-federal>.

as juízas mulheres têm essa decisão pessoal invariavelmente impactada pela estrutura familiar patriarcal na qual se veem envolvidas. Os diferentes impactos acarretados a depender do gênero são perceptíveis para as magistradas, pois, já no Censo do Poder Judiciário do Conselho Nacional de Justiça, do ano de 2014, 64% das juízas identificou que a sua vida pessoal é mais afetada que a dos seus colegas homens no exercício da profissão.

Em recente questionário respondido por 203 juízas federais filiadas à AJUFE, tal percepção voltou a ser confirmada. O montante de 74,59% das entrevistadas entendeu que as mulheres têm mais dificuldades para ingressar na magistratura, sobretudo se já tiverem filhos, o que foi ressaltado por 40,54% delas como sendo a razão principal dessa barreira. Ainda sobre o modelo vigente de família, ficou claro que a estrutura da carreira baseada em cargos de juiz titular e de juiz substituto, com o deslocamento de cidade muitos anos depois para a titularização, dificulta a promoção das juízas mulheres, eis que 83,89% das juízas ouvidas concordaram com a afirmação de que *“as mulheres tendem a não ser acompanhadas por seus esposos/companheiros quando têm de se mudar em razão do trabalho”*.

Especificamente quanto à titularização, a percepção de 81,87% das juízas participantes da pesquisa foi a de que as mulheres enfrentam mais obstáculos para a promoção. Alguns principais motivos foram elencados, tais como *“a ruptura da unidade familiar”* (82,7% de menções), *“a distância da família”* (72,9%), *“local de difícil acesso”* (47,57%) e *“local inseguro”* (44,86%).

Portanto, uma parte das juízas que possivelmente postulariam os cargos de tribunal não chega a se promover sequer a titular de Vara. E, para as que seguem em frente, surgem dificuldades relativas à aplicação dos critérios de merecimento, os quais são influenciados por interações não mensuradas em sua totalidade.

No quesito das promoções para os tribunais federais, o panorama de gargalos para a subida das mulheres foi visto por 74,71% das entrevistadas. As razões mais citadas, dentre as opções do questionário, foram as de que *“menos mulheres se candidatam”*, *“Desembargadores se identificam com candidatos do sexo masculino”* e *“Juizes do sexo masculino costumam ter mentores que facilitam o seu acesso ao tribunal”*.

Para as juízas que participaram da pesquisa, parte da motivação considerada central para o insucesso feminino nas promoções tem a ver com empatia e interações informais que favorecem os candidatos homens<sup>5</sup>, as quais transcorrem num ambiente de trabalho indiferente às responsabilidades atribuídas às mulheres.

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, se manifestou a Ministra Eliana Calmon, *“No Poder Judiciário é assim: o ingresso da mulher é por concurso, mas a medida que vai subindo na hierarquia vai pareando escolha dos seus pares e que sempre foi do clube do bolinha”* (Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/mulheres-sao-apanas-262-da-magistratura-federal-f3p3x3enzs47wzpei1m9v96w3>>. Acesso em: 28.ago.2017.)

Chappell e Waylen (2013) consideram que até mesmo o horário determinado para reuniões, caso desconsidere a realidade informal vivida pelas mulheres, acaba por ter efeitos discriminatórios e excludentes ao longo do tempo. Em suma, as promoções por merecimento dos tribunais são influenciadas por uma visibilidade que as mulheres não conseguem alcançar, já que exercem menos funções de destaque, chefias e convocações perante os tribunais<sup>6</sup>. Também no Brasil verificam-se elementos de uma fraternidade masculina que influenciam o preenchimento de posições públicas, o que, na Inglaterra, ganhou o nome de “*old boys club*”<sup>7</sup>.

Severi (2016:106) chama atenção para o processo de neutralização de subjetividades que acaba fazendo parte do recrutamento da magistratura e das profissões jurídicas. Há, para ela, uma “assimilação das normas de gênero hegemônicas” e, valendo-se da ideia de Duncan Kennedy, até mesmo a conformação dos profissionais a “rituais da educação jurídica de fidelidade às desigualdades e fortalecimento do eu hierárquico” interfere no acesso aos cargos de poder. Assim, todo esse ambiente de interações marcadas por enviesamento de gênero é despercebido e tomado como o modo natural de ser das coisas, tornando difícil a reação. Nas palavras de Severi, “ser neutro é quase sinônimo de ser homem, branco e heterossexual” (2016).

O panorama apresentado provoca reflexão sobre a necessidade de se afastarem as barreiras invisíveis que atravancam o avanço feminino nas posições de poder dentro da magistratura e de fortalecimento dos discursos que respaldem o pluralismo no poder judiciário.

Para além das razões constitucionais mais literais e explícitas que impõem a construção de instituições públicas democráticas e igualitárias, a vertente “neoinstitucionalista” citada no início deste texto trabalha hoje com a compreensão de que o pluralismo é elemento fortemente ligado à prosperidade e desenvolvimento dos países e à prestação jurisdicional qualitativa.

### **3. ALGUMAS CONTRIBUIÇÕES DO NEOINSTITUCIONALISMO PARA O DEBATE FEMINISTA**

Mark Bevir (2010) resume que o neoinstitucionalismo é “a abordagem dominante dos últimos vinte anos”. As instituições, que seriam para Sepúlveda e Quirino (2016) “as coleções de normas formais e informais que prescrevem comportamentos”, são centrais para a compreensão de inúmeros fenômenos sociais, inclusive do próprio patamar de desenvolvimento dos países. Variados

---

<sup>6</sup> Considerando que menos mulheres são convocadas para atuar perante os tribunais federais, uma medida que geraria possível impacto positivo no pluralismo seria a de criação de uma cláusula de barreira que impedisse, por determinado prazo, a que esses magistrados concorressem à promoção por merecimento, nada impedindo, contudo, sua ascensão por antiguidade.

<sup>7</sup> Cf. notícia disponível em: <https://www.theguardian.com/politics/2003/jun/22/ukcrime.immigrationpolicy>. Acesso em: 18.dez.2017.

segmentos de produção de conhecimento estão envolvidos na tarefa de desvendá-las e aprimorá-las.

Esse movimento, que direciona um novo olhar para as práticas e arranjos que colmatam os estados, deriva, dentre outras contribuições, da obra de Douglass North (1990), que passou a defender que, na economia, o mercado não seria a única instituição relevante para que se analisasse a performance das nações ao longo do tempo. Na definição dele, então, as instituições seriam as “amarras criadas para estruturar a interação humana” e a história destas também deve ser considerada um elemento importante no resultado do desempenho econômico.

Nessa abordagem de North, que vem a ser a prevalecente durante a década de 1990, o que se concebe como “neoinstitucionalismo” é uma visão atrelada a uma certa forma de desenvolvimento, que se preocupa em moldar as instituições para a redução de incertezas e fomentar o respeito ao direito de propriedade. Contudo, com o passar do tempo, o “neoinstitucionalismo” desdobrou-se em filões que consideram outros prismas, tais como o da escolha racional, história, sociologia, sendo ainda iluminadas por outra visão de desenvolvimento.

As perspectivas contemporâneas relativas ao desenvolvimento efetivamente abriram outro leque para o “neoinstitucionalismo”. Compreende-se desenvolvimento hoje por influência de Amartya Sen e Martha Nussbaum, como “um processo de alargamento das escolhas das pessoas e também um objetivo, é um processo e resultado” (ONU, 2016) <sup>8</sup>. A perspectiva de um desenvolvimento humano aproximou a reflexão em torno do neoinstitucionalismo de pautas como a feminista. Hoje, diversos estudos migraram para essa área (Mackay, 2014), buscando conformar as instituições à luz da perspectiva de gênero. Segundo ela, “desafiar e transformar as instituições políticas é há tempos o projeto central feminista”.

Consideramos que as hipóteses de interseção entre neoinstitucionalismo e feminismo não são todas conhecidas e não estão colocadas em prática na plenitude das suas possibilidades. Ainda que uma série de estudos vá na linha do desvendamento das práticas institucionais que são discriminatórias, mesmo em caráter indireto<sup>9</sup>, algumas aproximações podem ser reforçadas, seja da linha de neoinstitucionalismo vinculada à teoria econômica, seja no campo mais específico do direito e desenvolvimento.

Nessa primeira vertente que chamamos de econômica, tem havido influência da economia comportamental em novos desenhos institucionais, na

---

<sup>8</sup> Um dos objetivos estabelecidos pelos 193 estados membros das Nações Unidas para a nova agenda de Desenvolvimento Sustentável para 2030 é a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de meninas e mulheres.

<sup>9</sup> A tarefa de descobrir essas discriminações informais demanda muitos desafios de ordem metodológica. Chappell and Waylen (2013) entendem que isso passa por estar atento às estruturas e atores, utilizando-se mecanismos tais como entrevistas aprofundadas, etnografia e observação, ainda que daí possam surgir falhas. Os dados devem ser obtidos a partir de diferentes métodos e cruzados, de modo a garantir a confiabilidade da informação.

linha dos estudos de Cass Sunstein e Adrian Vermule (2002), que propõem que “se não se pode alcançar o arranjo ótimo de instituições (*first best*), pode-se pensar que a melhor estratégia é definir o arranjo institucional para ser o mais próximo possível do ideal (*second best*)” (Sepúlveda e Quirino, 2016).

Outra vertente de neoinstitucionalismo ainda não explorada pelos estudos feministas é a contida na recente obra de Daron Acemoglu e James Robinson, segundo a qual a causa da extrema pobreza em países subdesenvolvidos está nos governos compostos por uma pequena elite que organizou a sociedade em função de seus próprios interesses (2012).

Essa estrutura de poder, para eles, seria adotada em detrimento da massa da população e o poder político estritamente concentrado é utilizado para gerar riqueza para aqueles que já a possuem. Então há a retomada da ideia de que não é virtuoso o exercício do poder em benefício de facções, associando-se o raciocínio a preocupações atuais.

Sustentam, por outro lado, que países ricos enriqueceram porque seus cidadãos derrubaram as elites que controlavam o poder e criaram uma sociedade cujos direitos políticos foram distribuídos de maneira ampla. Neles, a grande massa da população teve condições de tirar vantagens das oportunidades econômicas, as pessoas lutaram por mais direitos políticos e os conquistaram usando-os para ampliar suas oportunidades econômicas (Acemoglu e Robinson, 2012).

A incursão pela obra de Acemoglu e Robinson interessa ao feminismo por contribuir para a pulverização de estruturas cristalizadas de poder, auxiliando na construção do discurso de maior presença feminina nos espaços públicos. Os autores demonstram que o desenvolvimento de instituições inclusivas é acompanhado de melhorias econômicas. Para eles, o pluralismo é a pedra angular das instituições, demandando-se ampla distribuição do poder político pela sociedade (2012).

Em um contexto pluralista, nenhum grupo deseja ou se atreve a derrubar outro poder, por receio de que seu próprio poder seja desafiado futuramente. Os autores ressaltam, no entanto, que instituições políticas e econômicas inclusivas não surgem de maneira espontânea. Elas surgiriam, isto sim, durante circunstâncias críticas, quando uma série de fatores enfraquece o poder das elites e incentiva a formação de uma sociedade pluralista, criando um círculo virtuoso, um processo de *feedback* positivo (Acemoglu e Robinson, 2012).

O pluralismo reforça o princípio do estado de direito, de que as leis devem ser igualmente aplicadas a todos e não podem ser usadas por determinado grupo para violar direitos de outros, com ele formando um todo indissociável. Ao trazer a ideia de que as pessoas devem ser iguais não apenas diante da lei como também diante do sistema político, estimula-se a maior participação na esfera pública.

Os mecanismos do círculo virtuoso decorrente de instituições econômicas e políticas inclusivas alimentam uma poderosa tendência de que elas persistam, resistindo aos desafios e se expandindo. Já as instituições extrativistas, explora-

doras, escravagistas, engendram forças igualmente intensas no sentido de sua própria sobrevivência pernicioso<sup>10</sup>.

Essa visão de que o pluralismo gera consequências econômicas concretas e positivas pode e deve se associar à perspectiva de gênero, porque a não inclusão das mulheres possui efeitos deletérios para o desenvolvimento dos países. E, na mesma linha, a ausência de representatividade é perpetuadora do estado de coisas que não se move na velocidade necessária. A ausência de mulheres em cargos políticos e do sistema de justiça faz com que a própria demanda por mudança não seja uma necessidade pulsante e ouvida, afinal o direito e as instituições servem também para, na visão de Diogo Coutinho (2013), vocalizarem demandas sociais<sup>11</sup>.

#### **4. PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO Nº 43 DE 2016: GARANTIA DE PARTICIPAÇÃO FEMININA EM LISTAS DO 'QUINTO CONSTITUCIONAL'**

A proposta de Emenda à Constituição n.º 43 de 2016, de autoria da Senadora Vanessa Grazziotin, torna obrigatória a observância da diversidade de gêneros na composição das listas tríplexes e sêxtuplas de indicados do Ministério Público e da advocacia para compor os Tribunais Regionais Federais e os tribunais dos estados e do Distrito Federal, estabelecendo uma cota mínima de um terço para cada um dos gêneros<sup>12</sup>.

Propõe-se a alteração do art. 94 da Constituição Federal<sup>13</sup>, que trata da regra do “quinto constitucional”. Essa regra estabelece uma cota de 1/5 da

---

<sup>10</sup> Os autores informam que “O desenvolvimento de Serra Leoa, ou a falta dele, pode ser mais bem entendido como resultado desse círculo vicioso. Foram as autoridades coloniais britânicas que criaram as instituições extrativistas em primeiro lugar, e os políticos africanos pós independência de muito bom grado receberam esse bastão. Verificou-se um padrão assustadoramente semelhante em toda a África subsaariana. (...) As políticas de preços das juntas comerciais anulavam todo e qualquer incentivo para que os produtores investissem, utilizassem fertilizantes ou preservassem o solo. Os direitos de propriedade de cada um só estarão garantidos à medida que a pessoa estiver ligada ao chefe, e talvez até pertença ao clã reinante.” Ressaltam, por outro lado, que na Austrália, igualmente colônia inglesa, o modelo inclusivo venceu; em vez de estabelecerem um monopólio, as autoridades australianas permitiram que qualquer um que pagasse uma licença anual de mineração pudesse prospectar e garimpar o terreno”. (Acemoglu e Robinson, 2012).

<sup>11</sup> Diogo R. Coutinho sistematizou as possibilidades de o direito atuar como objetivo, ferramenta, arranjo institucional e vocalizador de demandas, o que equivale a dizer que ele pode também ser orientador da escolha de fins, mecanismo para alcançá-los, redesenhando as instituições nesse percurso (2013).

<sup>12</sup> Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/01/04/pec-garante-presenca-feminina-em-listas-de-indicados-para-tribunais>. Acesso em: 19ago.2017.

<sup>13</sup> Atual redação do art. 94: “Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo único. Recebidas as

composição dos Tribunais Regionais Federais e dos tribunais estaduais reservada para egressos da advocacia pública de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de 10 anos de efetiva atividade, e egressos do Ministério Público, com mais de 10 anos de carreira, todos indicados em lista sêxtupla que, posteriormente, comporão uma lista tríplice formada pelo tribunal e enviada ao Poder Executivo para escolha do nomeado.

Trata-se de medida afirmativa que busca, de algum modo, uma representação similar e paralela entre a população feminina e aqueles que exercem o poder jurisdicional nos órgãos de cúpula do judiciário. O sistema de cotas de gênero é considerado como uma resposta simples para o complexo problema da histórica exclusão vivenciada pela mulher na política e nas estruturas de poder. Como as causas da exclusão feminina são multifacetadas, entende-se que o regime de quotas, ainda que não exauria o debate, apresenta uma solução concreta e pragmática para mudar esse cenário (Tracy, 2016).

Em sentido contrário a esse tipo de proposta, há forte posicionamento de que as anomalias de gênero e raça não devem ser enfrentadas por meio de ações afirmativas, mas por meio de programas que não violem o princípio da igualdade (Levinson, 2009). Sustenta-se que leis protetoras, voltadas ao beneficiamento de mulheres, muitas vezes, tem efeitos opostos ao desejado, pois perpetuam estereótipos sobre o lugar da mulher na sociedade e sua suposta inferioridade intelectual e produtiva.

Há ainda uma resistência, no âmbito do próprio movimento feminista, à hipótese de que acessos individuais não venham traduzir uma mudança de cunho sistêmico, ainda mais se considerarmos que a simples presença de mulheres nas Cortes não é garantidora de julgamentos proferidos segundo a perspectiva de gênero.

Contudo, sem dúvida, a iniciativa se alinha a outras experiências internacionais e traduz um passo importante no debate sobre representatividade. Foi com esse intento que a Bélgica e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem introduziram um sistema de cotas na Corte Constitucional, prevendo a garantia de que pelo menos um terço de seus membros seja do gênero com menor participação, no caso, as mulheres (Horbach, 2017).

Há ainda a experiência de outros países europeus, onde o sistema de cotas é amplamente aceito e o passado das mulheres de desvantagens correntes é considerado um quadro de injustiça que deve ser corrigido de diversas formas, inclusive por meio de leis “anti-discriminatórias”, ações afirmativas e sistema de cotas (Tracy, 2017).

Toda medida afirmativa traz pontos positivos e negativos. Mas não se pode negar que, a partir dela, vem à baila a necessidade de se refletir e buscar solução para o problema. Ignora-lo ou considerar que ele será solucionado sem

---

indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.”



qualquer intervenção externa apenas contribui para a perpetuação do estado de coisas, para o silêncio de quem o enfrenta.

A proposta de emenda à constituição nº 43 de 2016 é positiva sob o prisma da representatividade e do estímulo a mudança e reflexão. A alteração ainda é proposta por meio legítimo, já que em uma democracia, a escolha dos valores e interesses prevaletentes em cada caso deve, a princípio, ser de responsabilidade da autoridade legitimada pelo voto popular (Sarmiento, 2000, p. 114).

A despeito dos impactos positivos da medida proposta, ela não significa uma efetiva alteração na dinâmica da carreira das magistradas, que, conforme a pesquisa mencionada no início desse texto, é mais difícil do que a dos juízes homens. Os critérios de escolha de magistrados para ocuparem cargos nos tribunais pelo critério do merecimento e o modelo disfuncional de promoção do cargo de juiz federal substituto para o cargo de juiz titular precisam ser repensados. Afinal, os obstáculos à interação e visibilidade persistirão ainda que no cenário de maior possibilidade de escolha de uma juíza mulher no âmbito do “quinto constitucional”.

A ideia fomenta a inclusão da mulher nos espaços públicos de poder, colaborando para a equidade de gênero que se espera das instituições democráticas do país. A colaboração, no entanto, ainda é muito distante do necessário para a mudança do quadro atual.

## 5. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou demonstrar que a forma de acesso aos tribunais que compõe o Poder Judiciário tem gerado resultados discriminatórios quanto ao gênero, apontando que esse problema não pode mais ser tratado como se atrelado apenas a intenções e decisões pessoais. A solução das questões contemporâneas nesse campo demanda uma reflexão sob a ótica da discriminação institucional, com a superação do mito da neutralidade das instituições que acaba por perpetuar situações discriminatórias para as mulheres e outras minorias.

A análise do percurso das carreiras das magistradas federais do primeiro para o segundo grau de jurisdição demonstrou que os mecanismos relativos ao preenchimento de vagas através da promoção de magistradas por merecimento e do quinto constitucional não têm sido capazes de manter, em segundo grau, os percentuais de participação feminina existentes na primeira instância. No âmbito dos tribunais regionais federais as mulheres representam apenas 20% do montante de magistrados, existindo tribunal que não possui nenhuma mulher em sua composição. Há, portanto, enviesamento de gênero e discriminação indireta no ingresso e nas promoções da carreira da magistratura cujas causas são pouco esclarecidas.

O resultado da pesquisa quantitativa realizada pela Comissão Ajufe Mulheres, instituída no âmbito da Associação dos Juízes Federais do Brasil, revelou que duas barreiras já podem ser identificadas na promoção das juízas mulheres aos tribunais regionais federais: i) o modelo disfuncional de promoção do cargo



de juiz federal substituto para o cargo de juiz titular, o qual afeta mais a vida pessoal da juíza mulheres diante do modelo de família vigente, via de regra, patriarcal; ii) a empatia e interações informais que favorecem os candidatos homens na disputa das vagas para promoção por merecimento, influenciadas por uma visibilidade que as mulheres não conseguem alcançar. A formação de um Poder Judiciário pluralista perpassa pelo afastamento das barreiras invisíveis que impedem o avanço feminino nas posições de poder dentro da magistratura.

Finalmente, o olhar recaiu sobre a Proposta de Emenda à Constituição n.º. 43, de 2016, que visa a alterar o chamado “quinto constitucional”, dispondo que, tanto na lista sêxtupla elaborada pelos órgãos de classe quanto na lista tripla formada pelos tribunais, deve ser respeitado um percentual mínimo de participação de cada um dos gêneros masculino e feminino. A adoção do sistema de cotas proposto, embora não seja a solução definitiva para o problema do acesso da mulher aos espaços de poder no Judiciário, é medida que contribui para a representatividade, estimula a adoção de novas medidas inclusivas e a reflexão sobre o tema.

## 5. BIBLIOGRAFIA

ABREU, Maria Aparecida Azevedo. *Cotas para mulheres no legislativo e seus fundamentos republicanos*. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1434/1/td\\_1645.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1434/1/td_1645.pdf). Acesso em: 20 ago. 2017.

ACEMOGLU, Daron. ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam. As origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Disponível em: [https://desenvolvimentoeconomico2016.files.wordpress.com/2015/02/por\\_que\\_as\\_nacoes\\_fracassam\\_nodrm1.pdf](https://desenvolvimentoeconomico2016.files.wordpress.com/2015/02/por_que_as_nacoes_fracassam_nodrm1.pdf). 2012. Acesso em: 18 ago. 2017.

ALBISTON, Catherine. *Institutional Inequality*. Disponível em: [https://www.law.berkeley.edu/files/chefs/KT\\_Institutional\\_Inequality.pdf](https://www.law.berkeley.edu/files/chefs/KT_Institutional_Inequality.pdf). Acesso em: 22 ago. 2017.

BEVIR, Mark. *The state as cultural practice*. Oxford University Press, 2010.

BONELLI, Maria Glória. *Profissionalismo, gênero e significados da diferença entre juízes e juízas estaduais e federais*. Contemporânea. n. 1, jan-jul 2011.

BRASIL. Periódico Gazeta do Povo. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/mulheres-sao- apenas-262-da-magistratura-federal-f3p3x3enzs47wzpei1m9v96w3>. Acesso em: 28 ago. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Disponíveis em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/01/04/pec-garante-presenca-feminina-em-listas-de-indicados-para-tribunais>; <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/03/08/lugar-de-mulher-tambem-e-na-politica>. Acesso em: 19 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?id=35&periodo=stf>. Acesso em 19ago2017.

CHAPPELL, Louise;WAYLEN, Geogina. *Gender and the hidden life of institutions. Public Administration. Volume 91, Edição 03, 2013, PP. 599-615.*

COUTINHO, Diogo. *Direito, Desigualdade e Desenvolvimento.* São Paulo: Saraiva, 2013.

FRAGALE FILHO, Roberto; MOREIRA, Rafaela Selem, SCIAMMARELLA, Ana Paula de O. *Magistratura e gênero: um olhar sobre as mulheres nas cúpulas do judiciário brasileiro*, e-cadernos ces [Online], 24 | 2015. Disponível em: <http://eces.revues.org/1968> ; DOI : 10.4000/eces.1968. Acesso em: 10 jan. 2017.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. *O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso/ Brazilian Constitutional Court on a gendered perspective: decision, access and speech.* Revista Direito e Práxis, 7, set. 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25237/18215>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

GRAZZIOTIN, Vanessa. *A bancada do batom e a Constituição cidadã. Congresso em Foco.* 2013. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunistas/a-bancada-do-batom-e-a-constituicao-cidada/#header>. Acesso em: 01 nov. 2017.

HALLEY, Janet. *The Politics of Injury: A Review of Robin West's Caring for Justice.* Disponível em: <http://legalleft.org/wp-content/uploads/2015/09/1UNB-065-Halley.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

HORBACH, Beatriz Bastide. CARVALHAL, Ana Paula. SILVA, Christine Oliveira Peter da. *“Por que uma mulher no comando do supremo ainda é novidade.”* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-12/mulher-comando-supremo-ainda-novidade>. Acesso em: 25 ago. 2017.

LEVINSON, Rosalie Berger. *Gender-Based Affirmative Action and Reverse Gender Bias: Beyond Gratz, Parents Involved, And Ricci.* Harvard Journal of Law & Gender. Vol. 34. 2009.

MACKAY, Fiona. *Gender and Political Representation in the UK: The State of the 'Discipline'.* British Journal of Politics and International Relations. Volume 6, edição 01, 2014.

MARCH, James G. OLSEN, Johan P. *Neo-institucionalismo: fatores organizacionais na vida política.* “The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life”, publicado originalmente em The American Political Science Review, v. 78, n. 3, p. 734-749, Sept. 1984. Tradução de Gustavo Rinaldi Althoff e revisão da tradução de Tiago Losso e de Gustavo Biscaia de Lacerda. Disponível em: <http://www.unifra.br/professores/rangel/olsen%20neo-institucionalismo.pdf>. Acesso em 30 nov. 2017.

NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance.* Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

PIACINI, Alaor. *Princípios da solidariedade, inclusão social e o sistema de cotas.* In: I Jornada de Direito Constitucional, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. – Brasília: Esmafe, 2011.

PIMENTA ALVES, Clara da Motta Santos. *Gênero, espaço público e poder: uma análise sobre a composição das comissões examinadoras de concurso da magistratura*. Revista Publicum: Rio de Janeiro, Número 4, Volume 1, 2017, p. 352-370. <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>. Acesso em 31.out.2017.

Revista Eletrônica The Guardian. *Entrevista com Janet Halley*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2006/aug/08/gender.academicexperts>. Acesso em: 17 ago. 2017.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de interesses na Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2000.

SEVERI, Fabiana Cristina. *O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres / The court of gender and the problem of effective human rights of women*. Revista Direito e Práxis, 7, mar. 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/16716>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

SILVA, Salete Maria da. *O legado jus-político do lobby do batom vinte anos depois: a participação das mulheres na elaboração da Constituição Federal*. Disponível em [http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD3\\_files/Salete\\_Maria\\_SILVA\\_2.pdf](http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD3_files/Salete_Maria_SILVA_2.pdf). Acesso em: 01 nov. 2017.

SUNSTEIN, Cass;VERMULE, Adrian. *Interpretations and Institutions*, (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 156, 2002.

TRACY, Thomas A. *Reconsidering the Remedy of Gender Quotas*. Seiberling Chair of Constitutional Law and Director, Center for Constitutional Law, The University of Akron School of Law. 21.nov.2016.



# O IMPACTO DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL PARA AS MULHERES<sup>1</sup>

11

*Carina Cátia Bastos de Senna<sup>2</sup>*

Cumprimento a todos na pessoa da Presidente da Mesa, Profª. Doutora, Advogada e Secretária de Cultura, Eva Franco. Não poderia deixar de publicamente agradecer o convite a mim formulado pela Professora Doutora Advogada Cristina Lourenço para estar aqui, na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Pará, e poder debater sobre o Impacto da Reforma da Previdência Social para as Mulheres. Utilizei como fonte de pesquisa para o presente debate os dados estatísticos disponibilizados pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, fundação pública vinculada ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, referente ao PNAD – Plano Nacional de Desenvolvimento de 2014 e 2015; último censo do IBGE e Nota Técnica do DIEESE – Departamento Intersindical de estatística e estudos socioeconômicos acerca da situação da mulher na reforma da Previdência.

Ressalte-se que o IPEA é uma fundação tem por função fornecer suporte técnico e institucional às ações governamentais, possibilitando a formulação de inúmeras políticas públicas e programas de desenvolvimento brasileiro e disponibiliza para a sociedade pesquisas e estudos realizados pelos seus técnicos.

Inicialmente não podemos esquecer que o Estado Brasileiro é Estado que tem como objetivo o bem estar social e a justiça social, conforme dicção do artigo 193 da Carta Magna.

Por outro lado, a Seguridade Social, conforme art. 194 da Constituição Federal de 1988, compreende um conjunto integrado de ações da iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

<sup>1</sup> Palestra proferida na Conferência Estadual da Mulher Advogada, em data de 22/03/2017, no Auditório da OAB/PA.

<sup>2</sup> Juíza Federal lotada na 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Belém/PA. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa – UAL. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Federal da Bahia. Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito Previdenciário. Endereço eletrônico: carina.senna@trfl.jus.br

Dois princípios basilares da Seguridade Social, nela compreendida a Previdência Social, são o caráter solidário e distributivista, que garantem a construção de uma sociedade menos desigual e mais igualitária.

Como bem pontuado por Castro e Lazzari, se a principal finalidade da Previdência Social é a proteção à dignidade da pessoa, não é menos verdadeiro que a solidariedade social é verdadeiro princípio da Previdência Social, caracterizando-se pela cotização coletiva em prol daqueles que, num futuro incerto, ou mesmo no presente, necessite de prestações retidas desse fundo comum.<sup>3</sup>

Já o princípio distributivista deve ser interpretado em seu sentido de distribuição de renda e bem-estar social, ou seja, pela concessão de benefícios e serviços visa-se ao bem estar e à justiça social.<sup>4</sup>

O projeto de reforma da previdência tem entre os propósitos a correção de “distorções e inconsistências do atual modelo”, criando regras únicas de acesso à aposentadoria para todos os trabalhadores, a partir da premissa de que todas as pessoas já atingiram condições de plena igualdade, quando, por exemplo, iguala a idade para a aposentadoria para homens e mulheres, confundindo igualdade formal com igualdade substancial. Como bem pontuado pelo DIESSE, a proposta pretende, na verdade, acabar com o princípio da solidariedade social, que está presente na concepção de Previdência desde a promulgação de Constituição Federal (CF) de 1988 e que busca dar tratamento diferenciado a segmentos populacionais com condições desiguais de inserção no mercado de trabalho.<sup>5</sup>

Apesar de todos os avanços conquistados nessas últimas décadas, a sociedade e o mercado de trabalho brasileiro ainda são marcados por profunda desigualdades, sejam elas de gênero, de raça ou regionais.

No caso das mulheres, trata-se do reconhecimento de que por estarem expostas a condições mais desfavoráveis no mercado de trabalho e serem as principais responsáveis pelas tarefas domésticas e de cuidados com os filhos, impõe a elas dupla jornada de trabalho, além de sofrerem com a discriminação no mercado de trabalho, preteridas as melhores ocupações e profissões, mesmo apresentando nível de instrução superior e recebendo menores salários (em média 25% - vinte e cinco por cento). Nesse sentido, o DIESSE, através de nota técnica, assim se manifestou:

“A PEC 287 ignora as desigualdades de gênero que ainda caracterizam o mercado de trabalho, as relações familiares e políticas públicas no país. Mesmo com a modernização dos costumes e o aumento da participação no mercado de trabalho, as mulheres ainda são as principais responsáveis pelo trabalho reprodutivo, o que faz com que também sejam muito afetadas na vida laboral. Este sobre-esforço

<sup>3</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista – *Manual de Direito Previdenciário*. p. 22.

<sup>4</sup> Idem. *Ibidem*.

<sup>5</sup> DIESSE – *As mulheres na mira da reforma da Previdência*. p. 2.

pode ser sintetizado na dupla jornada realizada pela maioria delas, resultante da acumulação das horas de trabalho remunerado com as horas dedicadas aos afazeres domésticos e cuidados familiares. Outro indicativo é que a maior parte das aposentadorias concedidas às trabalhadoras é por idade, porque a maioria delas tem muita dificuldade para comprovar o mínimo de contribuição exigido hoje pela lei para aposentadoria por contribuição.”<sup>6</sup>

Quando se trata de mulheres negras as desigualdades são ainda mais destacadas. As mulheres negras embora representem 51% (cinquenta e um por cento) das trabalhadoras ocupadas (PNAD – 2014), elas eram maioria entre os trabalhos precários. 54% (cinquenta e quatro por cento) dos trabalhadores sem registro; 66% (sessenta e seis por cento) do emprego doméstico sem carteira e 66% (sessenta e seis por cento) do emprego do trabalho sem rendimento.

No que se refere às trabalhadoras rurais, uma vez que 70% – setenta por cento – (PNAD, 2014) começam a trabalhar no campo antes de 14 (catorze) anos e se ocupam de várias tarefas ao longo do dia, como plantio da roça, limpeza do quintal, processamento dos alimentos e cuidados domésticos, as mudanças serão ainda mais perversas.

Como bem pontuam Valadares e Galiza,

É de conhecimento geral o quanto o trabalho rural é penoso, causa incômodo, sofrimento, desgaste e/ou dor, o que torna a execução dessa atividade mais árdua. Os danos desse tipo de atividade à saúde e à integridade dos trabalhadores geralmente ocorrem em médio e longo prazos e se materializam em lesões que reduzem a capacidade laboral e a expectativa de vida precocemente. Para muitas mulheres, inclusive a fertilidade é afetada. Além disso, diferentemente do trabalhador urbano, o trabalhador rural, majoritariamente, ingressa na atividade econômica muito cedo, normalmente antes dos 14 anos. Ou seja, caso eles venham a se aposentar aos 65 anos, serão mais de 50 anos na ativa. Esse sobre-esforço terá impacto ainda maior sobre as mulheres, porque elas já têm o ônus da responsabilidade pelo trabalho doméstico<sup>7</sup>

No mesmo sentido se manifesta a Confederação Nacional dos Trabalhadores Rurais – CONTAG, ao afirmar que a situação do conjunto de trabalhadores no mundo rural é muito mais complicada, porque além de não haver formalização e de se ter, em geral, um contingente pouco escolarizado, são pessoas que, devido às atividades degradantes, acabam por envelhecer bem mais cedo, demandando maiores cuidados na velhice, principalmente as mulheres.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> DIESSE – As mulheres na mira da reforma da Previdência. p. 2-3.

<sup>7</sup> VALADARES, Alexandre Arbex; GALIZA, Marcelo - *Previdência rural: contextualizando o debate em torno do financiamento e das regras de acesso*.

<sup>8</sup> CONTAG. *Previdência social rural: potencialidades e desafios*.

Até 1960, quando entrou em vigor a Lei Orgânica da Previdência Social – Lei n.º 3.807, os planos de benefícios não apresentavam diferença entre homens e mulheres para fins de elegibilidade aos benefícios. O acesso quase hegemônico para as mulheres se dava na forma de dependente dos homens enquanto esposas, sobretudo, ou filha. Os textos legais originais dos anos 1930, de acordo com Madureira, revelam que Ra necessário haver boa conduta no casamento para a mulher ser elegível a uma pensão por morte do cônjuge, o benefício mais acessado por elas na época.<sup>9</sup>

Desde a Constituição de 1967 a mulher garantiu o direito a aposentar-se aos 60 (sessenta) anos de idade ou 30 (trinta) anos de contribuição.

No caso dos trabalhadores rurais, a Constituição de 1988 assegurou ainda uma redução de 05 (cinco) anos de idade, em virtude das especificidades do trabalho no campo. Da mesma forma em reação a aposentadoria especial dos profissionais da educação infantil e ensino fundamental e médio, em que a maioria absoluta é composta por mulheres. O Sistema de Seguridade Social atual vem permitindo, mesmo com limitações, que essas distorções resultantes de uma sociedade desigual, opressora, patriarcal e racista sejam enfrentadas, concedendo tratamento diferenciado através de um sistema que trata os desiguais na exata medida de suas desigualdades, como, aliás, deve ser.

Ao propor equiparar a todos, home e mulher e, no mínimo, 25 anos de contribuição – considerando que para aposentadoria integral serão necessários 49 anos de contribuição, o projeto de reforma pretende na verdade alcançar dois objetivos: prolongar ao máximo o acesso a aposentadoria de modo que a maioria da classe trabalhadora certamente morrerá antes de se aposentar e reduzir o valor do benefício.

O fundamento que vêm sendo utilizado, desde a Constituição de 1988, para se manterem regras que antecipam a aposentadoria das mulheres em cinco anos são as desigualdades de gênero, que, historicamente, têm caracterizado o mercado de trabalho e as relações familiares, no país.

Para os idealizadores da PEC 187 não faz mais sentido manter essa diferença por um conjunto de razões de natureza atuarial, demográfica e socioeconômica, como: as mulheres vivem mais do que os homens e contribuem por menos tempo, onerando o caixa da Previdência; há uma tendência internacional no sentido de se eliminarem as diferenças de idade de aposentadoria entre os sexos; a participação das mulheres no mercado de trabalho tem crescido e os diferenciais de salário, reduzido; e o trabalho doméstico não remunerado já não absorve tantas horas de dedicação das mulheres porque houve redução no tamanho das famílias e difusão massiva de tecnologia em eletrodomésticos nos lares brasileiros.<sup>10</sup>

O projeto de reforma da previdência para justificar a equalização da aposentadoria para homens e mulheres parte, portanto, de premissas equivocadas.

<sup>9</sup> MADUREIRA, J.M. – *Previdência social e mulher no contexto brasileiro*, 2004.

<sup>10</sup> MOSTAFA, Joana et al – *Gênero, previdência e cuidados*.



das e que podem ser facilmente contestadas: diferença de expectativa de vida entre homens e mulheres; as mulheres já atingiram igualdade de participação no mercado de trabalho; as diferenças salariais entre as mulheres e homens diminuíram e as tarefas domésticas se reduziram para as mulheres. Segundo IBGE, a diferença de expectativa de vida entre homens e mulheres cai desde 2000, com projeção de queda ainda maior até 2060. Além, disso, a expectativa de vida ao nascer nos estados do Norte e parte do Nordeste varia entre 70,3 e 72 anos, enquanto que no Sul do nosso país pode chegar a 78,7 anos. Se é certo que, em média, as mulheres apresentam um diferencial de 7,2 anos em relação a expectativa de vida, também é certo afirmar que essa diferença vem se reduzindo desde a década de 90.

Por outro lado, em vários estados brasileiros, dado as desigualdades regionais e as condições de vida e trabalho, a expectativa de vida dos homens é superior ou igual a das mulheres, conforme último censo do IBGE, como, por exemplo, a expectativa de vida dos homens do estado do Espírito Santo e Rio Grande do Sul é igual a das mulheres do Estado de Roraima – 74 anos; a expectativa de vida dos homens de São Paulo é superior à das mulheres de Roraima; a expectativa de vida dos homens de Santa Catarina (75,4 anos) é superior à das mulheres de Roraima (74 anos), Maranhão (74,2 anos), Rondônia (74,8 anos), Piauí (75,1 anos) e Amazonas (75,2 anos).

Também não é difícil demonstrar, como bem pontuou a nota técnica 171 do DIEESE, que a tradicional divisão sexual do trabalho, que atribui ao homem o papel de provedor da família e à mulher o de cuidadora da casa e dos dependentes, ainda permanece com força na sociedade brasileira, a despeito das muitas conquistas obtidas pelas mulheres nas esferas públicas e de mercado, nas últimas décadas.<sup>11</sup>

Ora, precisamos ter em mente que persiste as desigualdades no mercado de trabalho; a informalidade e o trabalho sem remuneração afetam mais as mulheres; a taxa de desemprego é mais elevada para as mulheres; persistem as diferenças salariais entre as mulheres e homens e o trabalho doméstico segue sendo de responsabilidade das mulheres.

Não se nega que houve avanços. Conforme apontou o Ipea, a partir da leitura do PNAD 2014, ao considerar a concessão de benefícios entre 1992 e 2014, é possível perceber que a situação das mulheres evoluiu de forma positiva e as diferenças em relação aos homens se reduziram. No entanto, após todo esse período, as diferenças ainda são importantes e isso se deve, em grande medida, à precariedade existente no mercado de trabalho brasileiro, que ainda discrimina as mulheres.<sup>12</sup>

Conforme dados do PNAD de 2015, as ocupações e que as mulheres mais se concentravam estavam nas áreas de educação, saúde e serviços sociais (19%), comércio e reparação (17%) e serviços domésticos (14%), todas tida como

---

<sup>11</sup> DIEESE – *As mulheres na mira da reforma da Previdência*. p. 6.

<sup>12</sup> PNAD – *Plano Nacional de Desenvolvimento - 2014*.

extensão do trabalho doméstico não remunerado (limpeza, educação e cuidados). Com relação aos rendimentos, as mulheres receberam, em 2015, 18,9% menos do que os homens em atividades formais, com a mesma carga horária de trabalho e, apesar de terem, em média, mais anos de estudos. Incluindo o trabalho informal, essa diferença fica ainda maior, com a remuneração média das mulheres 30% mais abaixo da recebida pelos homens.<sup>13</sup>

Constata, portanto, o DIEESE, que a discriminação sofrida pelas mulheres nos espaços públicos e privados e a deficiência das políticas públicas, que motivaram os constituintes a criarem, por meio da aposentadoria antecipada, uma espécie de “compensação” em favor delas, ainda se mantém, impondo a elas muitas penalidades ao longo da vida.<sup>14</sup>

Concluo a presente palestra, sustentando que, do meu ponto de vista, o projeto de reforma da Previdência Social apresentado ao Congresso Nacional é um desmonte do nosso Sistema de Seguridade Social, tido como referência no mundo, especialmente no que diz respeito às trabalhadoras (urbanas, rurais, professoras, negras e idosas), ao desprezar as diferenças de gênero, raça e desigualdades regionais, constituindo um retorno ao Estado Absteísta.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista – *Manual de Direito Previdenciário*. 16ª edição. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CONTAG. *Previdência social rural: potencialidades e desafios*. Brasília, DF, jul. 2016. Disponível em: < [http://www.contag.org.br/arquivos/relatorio\\_previdencia%202.pdf](http://www.contag.org.br/arquivos/relatorio_previdencia%202.pdf)>. Acesso em: fev. 2017.

DIEESE – *As mulheres na mira da reforma da Previdência*. Nota Técnica. Número 171. Março 2017. Disponível em: <HTTPS://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec171MulherPrevidencia.pdf>.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio – PNAD: 2015*. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa\\_resultados.php?id\\_pesquisa=149](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=149). Acesso em: fev. 2017

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio – PNAD: 2014*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa\\_resultados.php?id\\_pesquisa=149](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=149). Acesso em: fev. 2017.

MADUREIRA, J.M. – *Previdência social e mulher no contexto brasileiro, 2004*. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2004.

MATIJASCIC, Miko – *Previdência para as mulheres no Brasil: Reflexos da inserção no mercado de trabalho*. Ipea. 2206 – Texto para discussão. Brasília, junho de 2016.

<sup>13</sup> PNAD – Plano Nacional de Desenvolvimento de 2015.

<sup>14</sup> DIEESE – *As mulheres na mira da reforma da Previdência*. p. 7.

Disponível em: [HTTP://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2206.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2206.pdf).

MOSTAFA, Joana et al – Gênero, previdência e cuidados. In: *SEMINÁRIO REFORMA DA PREVIDÊNCIA: DESAFIOS E AÇÃO SINDICAL*. Apresentações... São Paulo: DIEESE e Centrais Sindicais, 7 e 8 fev. 2017. Grupo de Trabalho do IPEA. Disponível em: [HTTP://www.dieese.org.br/evento/seminarioReformaPrevidenciaApresentação.html](http://www.dieese.org.br/evento/seminarioReformaPrevidenciaApresentação.html).

PNAD – *Plano Nacional de Desenvolvimento* de 2014;

PNAD – *Plano Nacional de Desenvolvimento* de 2015;

VALADARES, Alexandre Arbex; GALIZA, Marcelo. *Previdência rural: contextualizando o debate em torno do financiamento e das regras de acesso*. Brasília, DF: IPEA, maio 2016. (Nota Técnica, 25). Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6516/1/Nota\\_n25\\_Previdencia\\_rural.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6516/1/Nota_n25_Previdencia_rural.pdf). Acesso em: fev. 2017.



# A REVITIMIZAÇÃO DA MULHER NAS SALAS DE AUDIÊNCIA E A FALTA DE UM PROTOCOLO DE ROTINAS PARA OS JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

12

*Rejane Zenir Jungbluth Suxberger<sup>1</sup>*

## INTRODUÇÃO

A Lei Maria da Penha é o resultado de lutas políticas que duraram quase 30 anos. Antes da sua entrada em vigor, o Brasil havia firmado compromissos internacionais com o objetivo de erradicar as formas de discriminação da mulher (Jungbluth: 2016, p. 13).

O advento da lei foi um dos avanços mais extraordinários do Brasil no enfrentamento à violência doméstica. Houve a determinação da especialização dos atores do sistema de Justiça, tendo como fim a prevenção, a assistência às vítimas, as políticas públicas e a punição mais rigorosa. As ações previstas na legislação trouxeram três pontos de intervenção: no primeiro, medidas criminais para a punição da violência, no segundo, as medidas de proteção da integridade física e dos direitos da mulher. Por fim, as medidas de prevenção e educação.

Todavia, passados dez anos da entrada em vigor da lei, ainda existe um sentimento de ineficácia no enfrentamento dessa violência específica. Faz-se necessária uma reflexão sobre algumas afirmações que possam contribuir para a discussão do problema envolvendo a violência contra a mulher.

Quando da aplicação da legislação, os atores do sistema — juízes, promotores e defensores — não podem, com base em argumentos pessoais ou descontextualizados do ordenamento vigente e das políticas públicas que versam sobre a violência doméstica, deixar de aplicar medidas ou aplicá-las de forma limitada.

Após uma década da promulgação da lei, conclui-se que falta um protocolo de rotinas a ser adotado pelos que trabalham com a violência de gênero. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), numa tentativa de uniformizar os procedimentos, por meio do “Manual de Rotinas e Estruturação

<sup>1</sup> 2ª Juíza de Direito de Violência Doméstica de São Sebastião/DF

dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher”,<sup>2</sup> acabou reproduzindo grande margem de discricionariedade na aplicação de mandamentos legais obrigatórios.

Isso enseja que cada juízo, especializado ou não, aplique a lei de acordo com o entendimento dos operadores que lá trabalham — policiais, advogados, magistrados e promotores de justiça —, resultando em procedimentos processuais penais desiguais e discriminatórios para ofensores e vítimas, além da evidente insegurança jurídica. Desse modo, a luta pelos direitos das mulheres em situação de risco configura mais uma luta pela aplicação do direito vigente, como certifica Boaventura de Sousa Santos: “quanto mais caracterizada uma lei, maior é a probabilidade de que ela não seja aplicada”. (Boaventura: 2008, p. 143)

A insistência de alguns atores do sistema em desconsiderar o que os tribunais superiores vêm determinando, seja por meio da aplicação de *sursis*, transação penal ou audiências de justificativas não requeridas pelas vítimas, culmina nos baixos níveis de confiança e satisfação das mulheres com o poder judiciário no enfrentamento da violência doméstica e familiar. A atualidade da Lei Maria da Penha consiste num “déficit de sua implementação”.

O poder judiciário não deve ser mero expectador das relações domésticas por considerá-las problemas “de família”. Antes, deve intervir de modo a salvar a integridade física e psíquica da vítima, agindo de maneira incisiva no combate à violência doméstica e no devido resguardo dos direitos do acusado.

Os operadores do Direito que atuam nos juizados de violência doméstica ainda resistem à aplicação integral do determinado na legislação. Mesmo após o STF (HC 106.212/MS) e o STJ (Enunciado 536 da Súmula do STJ)<sup>3</sup> terem ratificado a vedação da aplicação dos institutos despenalizadores da Lei n.º. 9.099/95 à Lei Maria da Penha, ainda se continua a oferecer *sursis* processual e a transação penal. De igual modo, é muito comum a designação de audiência sob a inapropriada denominação de “audiência de justificação”,<sup>4</sup> que nada mais é do que uma indução à desistência, pela vítima, da continuidade da ação.

Tal postura fere o direito da vítima de ver aplicada a lei, o que é agravado pelo fato de que as agressões ocorridas nas relações domésticas não devem ser tratadas de forma conciliatória. Além do que, esse tipo de comportamento revitimiza a ofendida, que já se encontra vulnerável e fragilizada em razão do processo de violência vivenciado. A expectativa de uma resposta do sistema de justiça penal quanto à responsabilização do agressor e à acolhida da vítima não pode ser minimizada sob a alegação de pacificação, pois isso enseja a clara subtração da justiça de uma população historicamente excluída de direitos.

---

<sup>2</sup> <http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutiroes-da-cidadania/manualmariadapenha.pdf>, acessado em 14 de outubro de 2016.

<sup>3</sup> “A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.”

<sup>4</sup> Audiência na qual a vítima se “manifesta pela vontade de não dar prosseguimento à ação penal”. (Bianchini:2013, p.214)

A pena de prestação de serviço à comunidade e/ou o comparecimento obrigatório em juízo e em palestras, principais medidas ajustadas com os ofensores e ainda largamente aplicadas nos juizados de violência doméstica, não são proporcionais à violência sofrida pela vítima. Ao contrário, ao serem empregadas, desconsideram qualquer preocupação com a prevenção de nova violência pelo ofensor.

Continuar empregando os institutos da Lei nº 9.099/05 à violência doméstica é, como afirma Lênio Streck (Streck: 2004, p. 133):

[...] institucionalizar a surra doméstica (...) O Estado assiste de camarote e diz: batam-se que eu não tenho nada com isso! É o neoliberalismo no Direito, agravando a própria crise da denominada 'teoria do bem jurídico', própria do modelo liberal-individualista de Direito.

Soluções simplistas com o fim de evitar o processo e a superlotação de demandas ensejam a banalização do sistema de prestação jurisdicional. Em vez de preservar a vítima, legitimam cada vez mais posturas violentas. São necessárias a capacitação e a sensibilização dos atores do sistema.

## 1. O DIREITO PENAL E O PROCESSO PENAL NA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei 11.340/06, inspirada diretamente na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher<sup>5</sup>, trouxe para o ordenamento jurídico uma nova espécie de violência: a praticada contra a mulher no seu ambiente doméstico, familiar ou de intimidade. Não criou novos crimes, mas complementou tipos penais precedentes, além de haver redimensionado a pena fixada para a lei preexistente, como por exemplo, na hipótese do art. 129, § 9º, do Código Penal.<sup>6</sup>

O legislador ainda afastou a Lei 9.099/95 no caso de violência doméstica contra a mulher, conforme expresso no art. 41 da Lei 11.340/06. Ao se proibir as medidas despenalizadoras da Lei dos Juizados Especiais Criminais como a transação penal e a suspensão condicional do processo, houve uma mudança de paradigma que visou a abandonar a noção de menor potencial ofensivo e reconhecer a violência doméstica e familiar contra a mulher como uma forma de violação dos direitos humanos.

As medidas protetivas se mostraram um grande avanço rumo à proteção da mulher. As diversas providências visam a assegurar a solução de conflitos com rapidez e eficiência. Existindo indícios de um crime de violência doméstica e familiar o juiz, *inaudita altera pars*, deve conceder as medidas sem que haja a necessidade de audiência. Para o juízo de probabilidade, basta “a fumaça da

<sup>5</sup> Conhecida como Convenção de Belém do Pará.

<sup>6</sup> A Lei 11.340/06 ampliou a pena máxima para três anos (era de um ano) e reduziu a mínima para três meses (era de seis meses).

existência de um delito. Não se exige um juízo de certeza, mas de probabilidade razoável” (Lopes: 2006, p. 201).

Todavia, se observa que o sistema de repressão e prevenção não vem sendo devidamente empregado e, por consequência, as expectativas de redução da criminalidade doméstica não têm diminuído. Os mecanismos penais que visam a coibir a violência dentro de casa ainda são deixados à margem do sistema penal e a violência doméstica é tratada como “problema cultural” e de família.

É cediço que não é possível atribuir ao Direito Penal, única e exclusivamente, a tarefa de proteger as mulheres vitimizadas, pois, em se tratando de violência doméstica, esse meio de controle social, isoladamente, na grande maioria dos casos, se apresenta apenas como auxílio secundário. Contudo, é necessário reconhecer que o ato de violência praticado é crime, e o Estado tem que exercer o seu *jus puniendi*, com aplicação de pena ou limitação de tutela objetiva de direitos fundamentais.

O gênero feminino precisa ser protegido pelo direito penal com a aplicação de normas severas de controle da violência. A reparação do dano causado à mulher deve ser buscada sempre, a fim de que o agressor, homem ou mulher, seja responsabilizado por seus atos. Não mais é admissível a postura de condescendência de muitos magistrados para com a violência doméstica. faz-se necessária a utilização de instrumentos mais rigorosos, como a prisão preventiva e o próprio processo penal, a fim de que, concretamente, se altere o quadro da violência no âmbito familiar.

À mulher é dado o direito de se ter um processo devidamente instaurado e instruído. A prática revela que, na maioria dos casos, as vítimas se sentem satisfeitas e seguras ao saberem que conseguiram uma ordem de proteção judicial e que estas são eficazes. Ainda, a existência de uma sentença ao final do processo criminal exhibe a realidade simbólica do ato. A uma, é por meio da sentença condenatória que se confirma que a mulher tinha razão e que o sistema penal está ao seu lado. A duas, porque é informado à sociedade que o agressor cometeu um delito de violência e que a prática de novo ato o tornará um reincidente. Como bem destaca Bourdieu:

O veredicto do juiz, que resolve os conflitos ou as negociações a respeito de coisas ou de pessoas ao proclamar publicamente o que elas são na verdade, em última instância, pertence à classe dos actos de nomeação ou de instituição, (...) ele representa a forma por excelência da palavra autorizada, palavra pública, oficial, enunciada em nome de todos e perante todos: estes enunciados performativos, enquanto juízos de atribuição formulados publicamente por agentes que actuam como mandatários autorizados de uma colectividade e constituídos assim em modelos de todos os actos de categorização [...], são actos mágicos que são bem sucedidos porque estão à altura de se fazerem reconhecer universalmente, portanto, de conseguir que ninguém possa recusar ou ignorar o ponto de vista, a visão, que eles impõem” (Bourdieu: 2007, p. 236-7).



Somente com o Direito, poder simbólico por excelência, é que se poderá iniciar a ruptura do ciclo de violência e controlar os atos de agressão no âmbito familiar, moldando os rumos da história. Novamente Bourdieu, “o direito é a forma por excelência do discurso atuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Não é demais dizer que ele faz o mundo social, mas com a condição de se não esquecer que ele é feito por este” (Bourdieu: 2007, p. 237).

Desse modo, o destinatário da norma, a vítima, não pode ser alijada do debate; não se pode deixar de ouvir suas percepções. Seus valores, suas crenças pessoais, seu sentimento de “justiça”, não podem ser ignorados e minorados pelo sistema de Justiça. Não mais é admissível tratar a violência familiar como um problema do âmbito privado.

Os símbolos jurídicos, bem como suas análises, são imprescindíveis para se iniciar o rompimento da violência de gênero. Pensar em contrário significa chancelar o pensamento dominante dos agressores, qual seja, a falta de credibilidade do sistema judicial no tocante ao tema. Significa ratificar que a palavra da mulher é isolada e que a violência doméstica continua invisível aos olhos não só da sociedade, mas também do poder judiciário.

Não basta uma lei específica para proteger as mulheres que sofrem violência. É necessário distinguir que o problema não se encontra em as vítimas denunciarem ou não, desistir ou não do processo criminal, mas sim no que ocorre com a prática do sistema penal. Ademais, a partir do instante em que se qualifica a violência de gênero como uma violação de direitos humanos, tem-se como consequência o comprometimento das instituições públicas, entre elas as que conformam o sistema de justiça penal com a devida diligência (Bodelón: 2013, p. 27).

## 2. PROTOCOLO DE ROTINAS

A falta de um protocolo de rotinas para os juizados de violência doméstica enseja, além da insegurança jurídica, situações de revitimização da mulher dentro das salas de audiência, sendo esse o grande responsável pela desistência das ofendidas em dar prosseguimento ao processo criminal.

Não se pode exigir que a mulher que denuncia uma agressão doméstica continue a confiar no sistema penal, uma vez que o processo não está apto a atender suas necessidades; ao contrário, se encontra mais interessado em servir sua própria função, qual seja, julgar e atualmente, conciliar.

Sob o manto da pacificação social, da justiça restaurativa e de constelações familiares, se tem dado fim a processos que nem ao menos tiveram início. Cada juizado age de modo diferente, realizando audiências de justificação que, na verdade, se revestem de atos com o fim de depositar na mulher a responsabilidade pelo arquivamento, a despeito de o crime ser de ação penal pública condicionada ou não.

Ao chegar ao Judiciário, a mulher não recebe qualquer tipo de acolhimento que lhe permita participar com lucidez das respostas que o Direito Penal

possa ensinar. Ao contrário, ela é alienada do sistema e apenas lhe é atribuída a qualidade de responsável pela prisão, processo e condenação do ofensor. Desse modo, não obstante a Lei Maria da Penha determinar o acolhimento da vítima, a ausência de meios para que ocorra esse acolhimento enseja a necessidade de um protocolo de rotinas que discipline a atenção dada à ofendida quando da sua chegada no sistema de Justiça.

A primeira barreira identificada que impede, dificulta ou prorroga a decisão de denunciar as agressões sofridas é a ausência de conhecimento do procedimento e de suas consequências. A mulher está diante de um sistema obscuro em que os resultados de seus atos são desconhecidos. Ela não tem a certeza de que o que ela viveu configura ou não violência de gênero, considerando que, não raro, se depara com um Judiciário que normaliza essas relações conflituosas e só as enxerga quando reduzidas a agressões físicas visíveis.

A violência doméstica, invisível aos olhos da sociedade na grande maioria das vezes, uma vez que ocorre sem a existência de testemunhas, se transforma em nova violência durante a ação criminal, pois a palavra da mulher não é considerada verossímil e acaba sendo desqualificada ou desacreditada. A ideia de que as mulheres são responsáveis pela violência que sofrem ainda se encontra arraigada por aqueles que deveriam protegê-las.

A Lei Maria da Penha deu voz “àquelas mulheres que não eram ouvidas em lugar algum, que chegavam às delegacias e eram orientadas a retornar ao lar que foi cenário da violência sofrida, que chegavam ao Judiciário e o agressor efetuava o pagamento de pena pecuniária, muitas vezes convertida em cestas básicas, cujos alimentos eram retirados do próprio lar conjugal, privando a própria vítima e os filhos, que juntos retornavam à casa sem solução, e a violência continuava” (Mello: 2007, p. 6).

Será que esse cenário sofreu modificações consideráveis? Ou ainda é comum se observar, i) sentenças absolutórias em razão de somente existir a palavra da mulher; ii) audiências para arquivamento por ser a mulher questionada se deseja realmente “continuar com o processo”; iii) medidas protetivas com prazo de validade expirado e sem prorrogação porque não ocorreram “novos fatos”; iv) aplicações de *sursis* e transações penais apenas com as condições judiciais de comparecimento?

Elena Larrauri reconhece que os Tribunais olham com desconfiança os depoimentos das vítimas. Além disso, as mulheres têm se deparado com um sistema penal fechado em sua própria lógica que visa apenas a atender suas próprias necessidades e pretensões, acabando por colocar essas mulheres ainda mais em risco. Assim é totalmente compreensível que ela não queira permanecer num sistema que não lhe ajuda (Larrauri: 2003, p. 301).

Atualmente, a grande maioria das vítimas se depara com um sistema penal incapaz de escutá-la, um sistema penal que, ao contrário, lhe embute a falsa consciência da responsabilidade pela criminalização dos atos do ofensor, bem como pela “paz dentro de casa”. Na verdade esse o Direito Penal deveria proteger sua integridade física e psicológica, ajudá-la na identificação dos atores

dos sistemas e de suas respectivas funções, além de lhe exhibir o possível resultado dos atos jurídicos praticados e, principalmente, respeitá-la, não desqualificando sua fala, seja ela pela manutenção ou não da relação com o agressor.

É perfeitamente possível que o sistema penal ajude as vítimas que pretendam não apenas o rompimento da relação como também aquelas que desejem permanecer com o agressor. Todavia, para isso não basta a criação de juizados especializados; é necessário que estes tenham a estrutura disciplinada na Lei 11.340/06.<sup>7</sup> Todavia, o que se observa é a criação de novas varas especializadas sem qualquer estrutura que consiga trabalhar com o tema, com profissionais totalmente alheios às questões de gênero e diversas campanhas inócuas que visam a embaçar a realidade da violência no âmbito familiar.

Enquanto não houver um protocolo de rotinas exarado pelo Conselho Nacional de Justiça — instituição responsável pelo trabalho do sistema judiciário brasileiro, órgão verticalmente responsável por traçar e uniformizar rotinas —, o judiciário pouco contribuirá para a diminuição da violência doméstica brasileira.

A existência de um protocolo de atuação não viola as prerrogativas jurisdicionais; ao contrário, seria um documento produzido com as atividades do juizado como parte de um programa de gestão, contendo os procedimentos referentes ao trâmite processual das ações penais e, inclusive, as boas práticas já reconhecidas, com o fim de alcançar resultados de maneira eficaz.

A padronização de procedimentos culminará na agilidade no processamento dos inquéritos, das ações penais e das medidas protetivas, fator essencial para a interrupção do ciclo de violência. Além do que, auxiliará no monitoramento dos limites das ações dentro das salas de audiências. As particularidades regionais não podem ser justificativa para que as mulheres tenham atendimentos díspares em termos de qualidade e celeridade nos juizados de violência doméstica.

A obtenção de justiça pelas vítimas de violência doméstica não pode se transformar numa corrida de obstáculos com experiências traumáticas nas salas de audiência, como: i) a ausência de advogados para as ofendidas ou a sua absoluta passividade no processo; ii) a presença de atitudes hostis ou alheadas dos juízes; iii) a responsabilização da ofendida pela produção das provas; iv) a extinção de processos por meio de acordos de que a vítima não participou;

---

<sup>7</sup> Art. 29. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

Art. 30. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.

Art. 31. Quando a complexidade do caso exigir avaliação mais aprofundada, o juiz poderá determinar a manifestação de profissional especializado, mediante a indicação da equipe de atendimento multidisciplinar.

Art. 32. O Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, poderá prever recursos para a criação e manutenção da equipe de atendimento multidisciplinar, nos termos da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

v) absolvições por violência recíproca, quando a mulher apenas tratou de se defender durante a agressão; vi) a ausência de condenação.

Desde 2006, o CNJ tem promovido anualmente um encontro denominado Jornada Lei Maria da Penha, com a finalidade de discutir, formular e avaliar as políticas públicas e judiciárias destinadas à aplicação dessa lei. Entre outras coisas, definiu-se o incentivo à uniformização de procedimentos das varas especializadas em violência doméstica familiar contra a mulher. Além disso, na quarta edição da Jornada Lei Maria da Penha, foi proposta a elaboração do Manual de Rotinas e Estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, publicado em 2010.

Todavia, passados dez anos da promulgação da Lei Maria da Penha, ainda nos encontramos sem um itinerário definido. Os discursos políticos e midiáticos pontuados na denúncia feita pelas vítimas com o propósito de romper o ciclo de violência correm o risco de cair no vazio, considerando que, num contexto social, se observa que o sistema de Justiça não está pronto para apoiar e ajudar essas mulheres.

Enquanto não houver um acompanhamento dos juizados de violência doméstica pelo CNJ, usando, para tanto, um protocolo de rotinas, as mulheres continuarão desincentivadas a recorrer ao sistema de justiça penal, pois permanecerão sozinhas e sem o protagonismo necessário que se exige para os procedimentos criminais do tema em questão. A especialização dos juizados por si só não é garantia de eficácia da aplicação da lei de proteção às mulheres.

Nas palavras de Susan J. Brison, professora de filosofia nos Estados Unidos e também uma vítima da violência doméstica, citada por Encarna Bodelón, “para construir nossas narrativas, não necessitamos apenas de palavras com as quais explicamos nossas histórias, mas necessitamos também de uma audiência capaz e desejosa de nos escutar e entender nossas palavras” (Bodelón: 2013, p. 102).

## CONCLUSÕES

Os crimes de violência doméstica não podem ser banalizados nem pode ser ignorada a potencialidade lesiva dos conflitos. A partir do momento em que a mulher busca justiça e proteção, é necessário que a intervenção do Estado por meio do poder judiciário seja eficaz. Assim, não basta apenas a especialização da vara para que os direitos fundamentais das vítimas sejam garantidos; é preciso observar a prática seguida pelos operadores do direito.

A criação de juizados especializados por meio da Lei nº 11.340/06 foi, sem dúvida, um grande avanço para garantir a obtenção de justiça para as vítimas da violência de gênero. Todavia, dez anos após a entrada em vigor da lei, é mister reavaliar os problemas que esses juizados enfrentam, entre eles a ausência de um protocolo de rotinas.

Observa-se que as varas especializadas têm atuado de modo diferente e, assim, a organização processual e judicial tem afetado diretamente a forma como se desenvolve o direito da mulher de ter acesso à Justiça. Por consequência,

o tratamento dispensado às mulheres é claramente inadequado, e o direito das vítimas de serem ouvidas com empatia e paciência, bem como de serem questionadas com respeito, não é garantido.

O espírito no qual os juizados de violência doméstica foram criados pela Lei Maria da Penha ainda está longe da realidade. O que se observa é a existência de varas sem estrutura adequada para receber os casos de violência familiar, profissionais pouco afetos às questões de gênero e baixo índice de resposta estatal à violência, o que significa que, após uma década da lei específica, ainda não oferecemos uma resposta satisfatória às demandas por justiça nos casos de violência contra a mulher.

A alegação de que à mulher é cabível invocar o direito de não representar contra o agressor vem acompanhada do total desconhecimento do processo e das suas consequências por parte da mulher, bem como da falta de contato com serviços de empoderamento que possam auxiliá-la na tomada de decisões.

Sem dúvida, avançamos muito com a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, porém é necessário aperfeiçoar a aplicação dessa legislação para que a abordagem jurídica seja eficiente. Continuar com aplicações díspares da lei pelos juizados significa manter um estado de violência chancelado pelo Estado, motivo pelo qual se faz necessário, com urgência, um protocolo de rotinas a ser exarado pelo CNJ e direcionado às varas especializadas.

Conclui-se que será muito difícil romper o ciclo da violência enquanto não houver uma padronização de procedimentos a serem seguidos pelos juizados de violência doméstica. Ao recorrer à Justiça, a mulher não mais pode se deparar com um sistema que ainda a considera inserida numa violência invisível para o próprio Direito. A vítima precisa ter a certeza de que, ao recorrer à ajuda do Estado, será acolhida e verá seu agressor ser responsabilizado.

O Poder Judiciário não pode ser uma instituição desacreditada pelas mulheres vítimas da violência dentro do lar. Além de ensejar um grande número de desistências no curso do processo, essa instituição devolve a ofendida ao agressor, deixando-a sujeita a uma violência ainda maior. Essa realidade precisa, primeiro, ser reconhecida e admitida e, em seguida, alterada, pois, do contrário, continuaremos a ter acesso a uma Justiça ineficiente e cega aos direitos da mulher.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Theresa Karina de Figueiredo Gaudêncio (org). *A mulher e a justiça: a violência doméstica sob a ótica dos direitos humanos*. 1ª ed. – Brasília: AMAGIS-DF, 2016.

BODELÓN, Encarna. *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, 1ª ed. 1ª reimp. – Buenos Aires: Didot, 2013.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução Fernando Tomaz, 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Manual de rotinas e estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Brasília: [s.n.], 2010a.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Plano de gestão para o funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal. Brasília: [s.n.], 2010b.

LARRAURI, Helena. Revista de Derecho Penal Y Criminologia, 2ª Época, nº 12. 2003. P. 271-307.

JUNGBLUTH, Rejane. Ineficácia da Lei 11.340/2006. A mulher e a justiça: a violência doméstica sob a ótica dos direitos humanos. 1ª ed. – Brasília: AMAGIS-DF, 2016.

LOPES Jr., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional, 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MELLO, Adriana. Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa de. Pela mão de Alice: o social e o político na pósmodernidade. 12ª ed. São Paulo: Cortez, 2008.

STF, HC 106.212/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio, Pleno, DJe de 13/06/2011.

STJ, Súmula 536, Terceira Seção, julgado em 10/06/2015, DJe 15/06/2015.

STRECK, L.L. O imaginário dos juristas e a violência contra a mulher: da necessidade (urgente) de uma crítica da razão cínica em Terrae Brasilis. Estudos Jurídicos, vol. 37, n. 100, maio-agosto, 2004. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/264871532\\_O\\_imaginario\\_dos\\_juristas\\_e\\_a\\_violencia\\_contra\\_a\\_mulher\\_da\\_necessidade\\_urgente\\_de\\_uma\\_critica\\_da\\_razao\\_cinica\\_em\\_Terrae\\_Brasilis](https://www.researchgate.net/publication/264871532_O_imaginario_dos_juristas_e_a_violencia_contra_a_mulher_da_necessidade_urgente_de_uma_critica_da_razao_cinica_em_Terrae_Brasilis). Consulta em 15 fev. 2016.

# SENTENÇAS E DECISÕES

**Número do processo: 0704366-25.2017.8.07.0018**

**Classe judicial: TUTELA PROVISÓRIA (12133)**

**REQUERENTE: JANAI FIGUEREDO RODRIGUES**

**REQUERIDO: DISTRITO FEDERAL**

## DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

**JANAI FIGUEIREDO RODRIGUES** ajuizou a presente ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, em face do **DISTRITO FEDERAL**.

Afirma ser servidor público do governo local, que vivia em união estável com Maria Dione das Neves Fernandes, falecida em 29/04/2017; informa que desta união nasceu seu filho (R.F.R - 08/04/2017). Aduz, ainda, que gozou de licença paternidade no período compreendido entre 08/04/2017 e 07/05/2017, em conformidade com o Decreto nº 37.669/2016. Contudo, em razão do falecimento de sua companheira no dia 29/04/2017, apresentou pedido administrativo requerendo a concessão de licença maternidade (por equiparação) para que pudesse cuidar de seu filho. O pedido foi negado pelo Distrito Federal. Informa, por fim, que há impossibilidade de seus familiares cuidarem da criança.

Requer, em sede de antecipação de tutela, **a concessão de licença maternidade de 180 dias, por equiparação**, daquela concedida às servidoras do ente distrital.

DECIDO.

Segundo o art. 300 do Código de Processo Civil, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Em análise superficial da demanda, verifico cabível o deferimento da tutela de urgência, nos moldes em que pleiteado. Explico.

A situação delineada na exordial não deixa dúvidas quanto à necessidade de se preservar a relação entre pai e filho, e o interesse do menor; que privado

da companhia da mãe em tenra idade, necessita dos cuidados e companhia prementes do seu progenitor.

Estatuída na Constituição Federal de 1988, a primazia do interesse da criança, do adolescente e do jovem, de forma absoluta, qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos. E é justamente em direção a este norte que deve ser feita a análise do pedido autoral.

Diz o texto constitucional, *verbis*:

*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.*

Com efeito, a licença maternidade concedida, inicialmente, às mães, sendo corolário do direito social à maternidade (art. 6º, *caput* e art. 7º, inciso XVIII, CF), viabiliza a consecução da primazia absoluta decretada no supracitado artigo.

A Lei Complementar Distrital nº 769/2008, em seus arts. 25 e 26, reforça a ideia de que a atuação estatal deve ser no sentido de proteger e resguardar os interesses da criança, e permitir a convivência com a mãe para o estreitamento do vínculo parental, seja ele biológico ou por adoção. Vejamos:

*Art. 25. A segurada gestante faz jus à licença-maternidade pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, sem prejuízo da remuneração, a contar do dia do parto. (...)*

*“Art. 26. A segurada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção fará jus à licença-maternidade pelos seguintes períodos:*

*I – 180 (cento e oitenta) dias, se a criança tiver menos de 1 (um) ano de idade;*

*II – 90 (noventa) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade;*

*III – 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade.*

*Parágrafo único. O benefício de que trata este artigo será deferido somente mediante apresentação de termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.*

Desta forma, a concessão do benefício da licença maternidade visa, em primeiro lugar, garantir à criança a proteção do vínculo afetivo e suas decorrências com a mãe.

Pois bem. No caso dos autos, infelizmente, a genitora da criança veio a falecer antes que a criança ultrapassasse o primeiro mês de sua vida. Resta a esta criança o apoio do pai, que está impedido de gozar de licença maternidade, por equiparação, em razão de inexistência de permissivo legal.

Ora, o que se buscou com o firmamento constitucional da absoluta prioridade da criança e do adolescente, inclusive com a atuação estatal, foi a de preservar os seus interesses e direitos, sejam eles de qualquer ordem.



A um recém-nascido, por óbvio, é imprescindível a presença de, ao menos, um dos seus genitores. Verificando-se a ausência de um deles, e neste caso a mãe, a quem a norma constitucional e a legal primaram para realizar o acompanhamento dos primeiros passos de sua vida, ao outro caberá não só o direito, mas, além disso, a responsabilidade de fazê-lo. E isto pode ser traduzido em verdadeira concretização da proteção dos interesses da criança; e a reafirmação da proteção da família, que deve ter tratamento especial pelo Estado (art. 226, *caput*, e §4º, CF).

Diante disso, não há argumento plausível para que, em casos como o presente, não seja concedida a extensão do direito à licença maternidade, por equiparação, ao pai. Que além da dor com a perda de sua companheira, deve sustentar os desafios da criação, cumulando, a um só tempo, as figuras de pai e mãe.

Este entendimento, inclusive, já foi externado em julgado do TJRO, *verbis*:

*REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA PATERNIDADE NOS MESMOS MOLDES DA LICENÇA MATERNIDADE. PAI DE RECÉM-NASCIDO. ÓBITO DA COMPANHEIRA. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA POR 180 (CENTO E OITENTA DIAS) DIAS. INDEFERIMENTO POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. SENTENÇA CONFIRMADA.*

*No caso, a ausência da mãe, a qual faleceu dias após o parto, acentua a necessidade da presença do pai, para assegurar à criança o direito constitucional à vida, à saúde, à alimentação, de modo a permitir o seu desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. A ausência de previsão legal específica relativamente à licença paternidade, nos casos de pais de recém-nascidos, viúvos por força do óbito do cônjuge ou companheira, não constitui óbice à concessão do benefício, que decorre diretamente de normas constitucionais de eficácia plena disciplinadoras da licença maternidade em geral, dado o princípio da isonomia. Sentença confirmada.*

ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, em, POR UNANIMIDADE, CONFIRMAR A SENTENÇA. Os Desembargadores Renato Mimessi e Roosevelt Queiroz Costa acompanharam o voto do relator. Porto Velho, 15 de julho de 2014. **(Reexame Necessário nº 0009753-96.2013.8.22.0014)**

Este entendimento, inclusive, é reforçado ao se vislumbrar que a licença maternidade se estendeu, em um primeiro momento à adotante e, com a maturação do princípio isonômico versado no texto constitucional, se estendeu, também, aos pais que mantêm entre si união homoafetiva. Claro reconhecimento do interesse do menor; de declaração inequívoca de isonomia; e de proteção ao seio familiar.

Entendimento compartilhado com o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR. ADOÇÃO OU GUARDA DE CRIANÇA. LICENÇA REMUNERADA DE 120 DIAS. CONCESSÃO. DIREITO DO FILHO. CASAL HOMOAFETIVO. DISCRIMINAÇÃO. VEDAÇÃO.*

*1. A licença é direito também do filho, pois sua finalidade é “propiciar o sustento e o indispensável e insubstituível convívio, condição para o desenvolvimento saudável da criança” (TRF da 3ª Região, MS n. 2002.03.00.026327-3, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 24.11.05), razão pela qual a adotante faria jus ao prazo de 120 (cento e vinte dias) de licença remunerada.*

*2. Pelas mesmas razões, é razoável a alegação de que importaria em violação à garantia de tratamento isonômico impedir a criança do necessário convívio e cuidado nos primeiros meses de vida, sob o fundamento de falta de previsão constitucional ou legal para a concessão de licença de 120 (cento e vinte) dias, no caso de adoção ou de guarda concedidas a casal homoafetivo. De todo modo, após a ADI n. 132 não mais se concebe qualquer tipo de discriminação ou mesmo restrição legal em razão de orientação sexual. E, como consectário lógico, à família resultante de união homoafetiva devem ser assegurados os mesmos direitos à proteção, benefícios e obrigações que usufruem aquelas que têm origem em uniões heteroafetivas, em especial aos filhos havidos dessas uniões (STF, ADI n. 4277, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.11).*

*3. Assim, a licença remunerada de 120 (cento e vinte dias), com a prorrogação de 60 (sessenta) dias prevista no art. 2º, § 1º, do Decreto n. 6.690/08, deve ser estendida ao casal homoafetivo, independentemente do gênero, no caso de adoção ou guarda de criança de até 1 (um) ano de idade. 4. Agravo de instrumento provido, restando prejudicados o pedido de reconsideração e o agravo legal da União. (TRF da 3ª Região – AGRAVO DE INSTRUMENTO - 491278 / MS – 0032763-15.2012.4.03.0000)*

Ante o exposto, **DEFIRO o pedido de tutela de urgência**, assegurando ao autor o direito de usufruto do benefício da licença paternidade no mesmo período em que é concedida a licença maternidade (por equiparação), ou seja, 180 (cento e oitenta) dias, conforme art. 26 da Lei Complementar Distrital nº 769/2008, devendo ser descontados aqueles dias já gozados pela concessão administrativa anterior de licença-paternidade; sem prejuízo de sua remuneração.

Outrossim, deixo de designar audiência de conciliação, nos termos do art. 334, §4º, II, do CPC.

CITE-SE o Réu para, se querendo, OFERECER DEFESA no prazo legal, contados da juntada da carta/mandado de citação, na forma do 231, I e II da Lei nº 13.105/2015, oportunidade em que deverá se manifestar acerca das provas que pretende produzir.

P.R.I.

BRASÍLIA, DF, 10 de maio de 2017 19:51:21.

**CRISTIANA TORRES GONZAGA**  
**Juíza de Direito Substituta**

## SENTENÇA

Trata-se de ação de retificação de registro civil com modificação de prenome e sexo proposta por XXXXXXXX, civilmente registrada como XXXXXXXX, devidamente qualificada nos autos.

A autora alega, em síntese, que é transexual e pretende a retificação de seu registro civil, no qual deve constar seu nome como XXXX, como é conhecida por todos em seu convívio. Explica que, contando com o apoio de sua família, vem fazendo a transição paulatina, submetendo-se a tratamento hormonal, o que faz com que sua aparência torne-se cada vez mais feminina.

Afirma que a utilização do nome masculino a expõe ao ridículo, posto que, em razão do tratamento hormonal, possui aparência feminina.

Requer, ao final, seja julgado procedente o pedido e deferida a alteração de registro civil da requerente, passando esta a chamar-se XXXXXX, bem como a alteração do designativo sexual para que conste ser do sexo feminino.

Juntou os documentos de fls. 12-A/41.

Em sede de especificação de provas, a parte requerente pugnou pela juntada de documentos e apresentou rol de testemunhas, conforme fls. 50/64 e 75/76.

Realizada audiência e instrução e julgamento, foi tomado o depoimento pessoal da parte autora e de uma informante, sendo dispensada a oitiva das demais testemunhas arroladas.

Alegações finais da parte autora às fls. 83/112.

O Ministério Público, em suas alegações finais, oficiou às fls. 115/116 pela procedência do pedido para alterar o nome e o sexo da autora, mantendo-se os demais dados.

É o relatório. **Decido.**

Presentes as condições da ação e os pressupostos processuais passo ao julgamento do mérito.

No caso dos autos trago à baila o significado do símbolo da Justiça personificado pela divindade grega “Têmis”<sup>1</sup>, representada de olhos vendados e sustentando uma balança na mão, como representação, no sentido moral, da supremacia da verdade, equidade e humanidade, sobre as paixões humanas.

Assim deve pautar a Justiça: primando pela proteção ao oprimido acima das convenções sociais temporais que o “estigmatizam”<sup>2</sup>.

Não se trata a presente de obra poética e menos ainda, rascunho de um tratado sociológico. Traduzo aqui, apenas, e como sua representante, um

---

<sup>1</sup> Do grego “Thêmis”, é a Deusa que representa a Justiça, de olhos vendados e com uma balança na mão, definida, no sentido moral, como a verdade da equidade e da humanidade, acima das paixões humanas. Têmis empunha a balança, com que equilibra a razão com o julgamento. É a Deusa da justiça, da lei e da ordem. Seu nome significa “aquela que é posta, colocada”.

<sup>2</sup> Estigma na definição do dicionário da língua portuguesa é uma marca ou cicatriz provocada no corpo por uma ferida ou machucado. O estigma social é a forte desaprovação de características e crenças pessoais que vão contra as normas culturais aceitas, e representa algo pejorativo, que deve ser evitado. É tido como uma ameaça à sociedade, e nas palavras de Erwin Goffman, é “uma identidade deteriorada por uma ação social”.

exercício da atividade Estatal a garantir a liberdade do SER, de simplesmente EXISTIR enquanto essência.

Cabe ao Poder Judiciário, como atividade Estatal, solucionar conflitos ponderando os direitos individuais e suas repercussões em sociedade.

Assim, não são raras as situações que forcem o magistrado a buscar em áreas de conhecimento afins, estudos, teorias e conceitos que possam explicar, ainda que minimamente, os fatos trazidos à apreciação judicial, possibilitando uma abordagem justa a respeito, pois, diversas são as ocasiões em que a mera interpretação legal não se mostra suficiente a desvendar a complexidade da situação trazida.

No presente caso, imergindo-me nas teorias da socialização, do estigma e do simbolismo da identidade pessoal, e à LUZ da interpretação legal, analiso o mérito, observando inicialmente que a imutabilidade do nome civil é a regra. A possibilidade de alteração do registro civil de nascimento é medida excepcional, a qual deve ser devidamente motivada, nos termos dos artigos 57 e 58 da Lei no 6.015/73.

A Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) prevê que somente será permitida a alteração de nome por motivo justo e em caráter excepcional.

A vida em sociedade impõe a aceitação de padrões de convivência e regras sociais. Refiro-me, num primeiro momento, a regras não positivadas e tidas como costumes sociais já arraigados, quase nunca postos em debate e posição de “estranhamento”<sup>3</sup>, aceitos como regras naturalizadas e inatas ao ser humano.

A adoção de padrões, definições e fixação de regras básicas da vida em sociedade é fruto de construção do coletivo, que devem ser questionadas conforme as sociedades se modificam, de modo a evoluir com elas, permitindo assim, a efetividade das garantias fundamentais.

À análise das regras sociais, necessário considerar os parâmetros culturais da sociedade e o período em que foram geradas, sob pena de se manter uma classificação dissociada da atual ordem social.

No Estado Brasileiro, desde os primórdios, foi identificada a necessidade de classificação das pessoas. Somos classificados em razão da faixa etária, do local de nascimento, do sexo, renda auferida, cor, profissão, dentre outras modalidades. Tais padrões taxam, geram e modificam direitos, a pretexto de melhor gestão pública e manutenção da igualdade social, dentre outros fatores.

Algumas dessas classificações comportam mudanças ao longo do tempo, permitindo aos indivíduos transitarem entre elas. Outras, porém, são tidas como quase imutáveis, ou, parafraseando o direito constitucional, “rigidamente mutáveis”<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Conceito das ciências sociais que remete ao ato de estranhar, no sentido de admirar, perceber algo diferente do que se conhece e do que se espera, como uma insatisfação perante as interpretações do senso comum.

<sup>4</sup> No direito constitucional considera-se rigidamente mutável a constituição que exige processo legislativo especial solene para sua alteração, mais exigente e mais dificultoso do que o previsto para as leis ordinárias.

Uma das formas de classificação utilizadas em nosso contexto social, a biológica, tem por base a separação dos indivíduos com base no “sexo”<sup>5</sup>, tendo sido adotado o critério médico de definição entre o sexo masculino e feminino, tomando-se por fator de identidade, exclusivamente, a genitália da pessoa.

Em tal critério, considerado incompleto, leva-se em conta somente a aparência externa do órgão genital, desconsiderando medições hormonais e cromossomos que caracterizam biologicamente os sexos em masculino e feminino.

Tal classificação, utilizada pelo Estado para diversas finalidades, inclusive, no âmbito do direito previdenciário, não restou estabelecida em razão dos órgãos sexuais exibidos, por homem e mulher, e sim pelo papel desempenhado por ambos, em nosso contexto social, fator que também vem sofrendo atualmente mutações.

Assim, a análise de critérios por vezes biológicos, por vezes sociais, vem gerando direitos distintos em nosso ordenamento social.

Em razão do trânsito entre tais critérios, biológicos e culturais, não deve o “critério singular”<sup>6</sup>, da genitália, ser fator exclusivo para o reconhecimento da identidade individual, como se tal fosse de ordem imutável.

A realização de cirurgia para “reconstrução genital”<sup>7</sup>, de natureza externa, posto incapaz de modificar o aparelho reprodutor e função hormonal, o qual se mostra experimental em diversos casos, deve ser feita tão e somente por vontade do indivíduo e nunca como imposição mutiladora condicionada pelo Estado, como pressuposto imprescindível – “*conditio sine qua non*”<sup>8</sup> – à reclassificação, por aquele que não se vê enquadrado nos critérios adotados à sua identificação.

Sob o ponto de vista “epistemológico”<sup>9</sup> da formação de conhecimento, algumas questões se mostram pertinentes, para análise e compreensão da situação posta, cujas respostas não se prestam à elucidação, posto não traduzirem por si, e isoladamente, verdade absoluta:

---

<sup>5</sup> Sexo é o conjunto de características estruturais e funcionais segundo os quais um ser vivo é classificado como macho ou fêmea. Entre os seres humanos e outros mamíferos, os machos carregam cromossomos XY, enquanto que as fêmeas normalmente carregam cromossomos XX. Os gametas produzidos pelo organismo são determinados pelo seu sexo: machos produzem gametas masculinos (os espermatozóides) e as fêmeas produzem gametas femininos (óvulos).

<sup>6</sup> Tal como dissertado anteriormente, embora, do ponto de vista biológico, o sexo seja definido por um conjunto de características, comumente analisa-se apenas a aparência da genitália para classificação.

<sup>7</sup> Cirurgia para redesignação ou reconstrução genital, chamada imprecisa e popularmente de cirurgia para mudança de sexo.

<sup>8</sup> Expressão originada do termo legal em latim que pode ser traduzida como “sem o qual não pode ser”. Expressa condição indispensável.

<sup>9</sup> Palavra de origem grega, epistemologia é o estudo da origem, do método e da validade do conhecimento. Também é conhecida como teoria do conhecimento.

- A cirurgia de transexualização é capaz de transformar homens em mulheres ou mulheres em homens?

- A mudança da morfologia da genitália, por si, define o sexo do indivíduo?

- Há necessidade de se avaliar o nível de sucesso do procedimento para definir o resultado?

- A implantação de um pênis em uma pessoa com aparelho reprodutor feminino é suficiente a fazer dela um homem?

Embora seja importante para o Estado a classificação dos indivíduos, por categorias, de modo a conhecê-los enquanto população e melhor enquadrá-los em atos de gestão, necessário permitir a reclassificação do indivíduo, caso a caso, quando este demonstrar, em juízo, seu pertencimento a classe diversa daquela inicialmente verificada, sem exigir-lhe para tal a intervenção cirúrgica.

Verifico que a requerente, em depoimento prestado em Juízo, traduz seu conflito decorrente da dissociação do tratamento que lhe é dispensado pelo Estado e de como se vê e é vista pelos seus, descrevendo seu sofrimento em decorrência da crise de identidade pela qual passou, bem como pelos constrangimentos pelo quais agora passa, após se reconhecer em gênero diverso daquele que lhe foi definido pelo critério meramente sexual.

O relato de fls. 78/79 é o retrato da aflição de se descobrir diferente do padrão estilizado socialmente, aliado ao receio de se ver condenado à discriminação social perpétua.

Verifico o testemunho da terapeuta da requerente, fl.80, que traduz maduro o processo de autoconhecimento da paciente, e reconhecimento da nova identidade, enfatizando não se tratar de decisão “afoita”<sup>10</sup> cujo processo contou com suporte de médico psiquiatra, fls. 23 e 24.

Extraí-se dos autos o acompanhamento da requerente também por médico endocrinologista, que conforme relatório de fls. 25, vem se submetendo a tratamento hormonal com a finalidade de induzir aspecto físico feminino.

Não raros os depoimentos de “pessoas trans”<sup>11</sup> no sentido de terem cogitado o suicídio como solução às suas angústias decorrentes do antagonismo da própria percepção de gênero e sexo em face de suas características biológicas.

Certa das dores de autodeterminação e autorreconhecimento pelas quais passa a requerente, estando ao alcance do Estado mitigar, ao menos formalmente, tais conflitos, não há porque negar a reclassificação pretendida.

Nenhuma sociedade protege os seus se não lhes permitir o direito de existirem enquanto indivíduos, da forma como se identificam.

Assim, não se pode negar ao indivíduo, albergando conceitos culturais e/ou religiosos pré-definidos, a pretexto de proteção a direito coletivo, o reconhecimento judicial à sua identidade pessoal.

\Pauta

---

<sup>10</sup> No sentido de apressada ou precipitada.

<sup>11</sup> Condição do indivíduo cuja identidade de gênero difere daquela designada quando de seu nascimento.

Isso posto, **JULGO PROCEDENTE o pedido deduzido na inicial pelo que determino a alteração do assento de registro civil de XXXXXXXX, no qual deverá constar: “XXXXXXX”, bem como a alteração do sexo da parte autora, devendo constar como feminino e, consequentemente, resolvo o processo com apreciação de mérito nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil.**

**Expeça-se mandado de averbação, visando a alteração no registro civil da requerente quanto ao nome e gênero por força da presente.**

Indefiro o pleito relativo à expedição aos demais órgãos públicos (Receita Federal, TSE, entre outros), cabendo à parte a adoção de tal providência para as devidas alterações em todos os seus documentos.

Registro que foram juntados aos autos às fls. 26/40 toda a documentação necessária à averiguação da inexistência de óbice de natureza cível ou criminal, ao reconhecimento do pleito, consubstanciada em certidões negativas em nome de XXXX, sendo desnecessária qualquer comunicação aos registros de distribuição.

Custas remanescentes, se houver, pela requerente. Sem honorários advocatícios.

Transitada em julgado, arquivem-se os autos.

Brasília, 16 de junho de 2017.

*SILVANA DA SILVA CHAVES*  
**JUÍZA DE DIREITO**







**PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO  
FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS**



Fls. \_\_\_\_\_

**Órgão:** 2ª TURMA CÍVEL  
**Classe:** APELAÇÃO  
**N. Processo:** 20140710125954APC (0012291-54.2014.8.07.0007)  
**Apelante(s):** B.F.D.C.  
**Apelado(s):** N.H.  
**Relatora:** Desembargadora LEILA ARLANCH  
**Revisora:** Desembargadora GISLENE PINHEIRO  
**Acórdão N.:** 911796

**EMENTA**

**DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL - AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE NOME E DE GÊNERO NO REGISTRO CIVIL - APELAÇÃO - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - DIREITO A NÃO DISCRIMINAÇÃO - IDENTIDADE DE GÊNERO - PROCESSO TRANSEXUALIZADOR - COMPLEXIDADE - MODIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO DE FEMININO PARA MASCULINO - TRANSGENITALIZAÇÃO - DESNECESSIDADE - EXPOSIÇÃO A SITUAÇÕES VEXATÓRIAS OU AO RIDÍCULO - VIOLAÇÃO DAS NORMAS DA LEI DE REGISTRO PÚBLICO - PROVIMENTO DO RECURSO.**

1. A identidade de gênero é o estado psicológico que reflete a noção interna de uma pessoa de ser homem ou mulher, sentimento que geralmente se correlaciona ao sexo fisiológico e anatômico. Contudo, há casos em que, embora fisiologicamente a pessoa pertença a um gênero, ela se identifica com o gênero oposto. Essa condição impõe ao indivíduo um extremo desconforto com o próprio sexo e com o papel de gênero, o que pode levá-lo a um estado de sofrimento profundo, especialmente quando considerado o sentimento de inadequação social que o acomete, de não pertencer ao contexto no qual é enquadrado, de diferenciações, às vezes injuriosas ou difamantes, advindas de práticas discriminatórias contra ele perpetradas desde a infância.

2. A análise do direito dos transexuais alterarem o nome e o gênero constantes do registro civil, ainda que não concluído o processo transexualizador, deve considerar que asexualidade de uma pessoa não se restringe às suas condições fisiológicas ou anatômicas. Ao contrário,

refere-se a um conjunto de atributos que também leva em conta as características psicológicas que compõem o ser humano, porque a maneira como a pessoa se sente, com a qual se identifica, enquanto aspecto emocional, constitui fator integrante da generalidade sexual.

3. O processo transexualizador não se refere unicamente à alteração do órgão reprodutor, mas compõe um procedimento complexo que envolve desde um rigoroso diagnóstico médico à submissão à hormonioterapia (Portaria 457 do Ministério da Saúde e da Resolução 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina), razão pela qual a alteração do nome e do gênero da pessoa transexual não deve ser condicionada à realização da cirurgia de mudança de sexo, mas sim analisada a partir da observância do contexto global em que se encontra a parte interessada.

4. A pessoa transexual pode adotar nome que reflita a identidade de gênero com o qual se identifica ainda que não realizada a transgenitalização, haja vista a existência de justo motivo para a alteração (Lei 6.015/73, 55, parágrafo único, 57 e

58) bem como a incidência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da não discriminação (CR, 1º, III, e 3º, IV). Fundamentação idêntica justifica a mudança do gênero de feminino para masculino no registro civil, porque a discrepância documental entre nome e gênero exporia a parte a situações vexatórias ou ridículas, circunstância que refoge ao espírito das normas contidas na Lei de Registros Públicos.

5. Recurso provido.

## ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da **2ª TURMA CÍVEL** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, **LEILA ARLANCH** - Relatora, **GISLENE PINHEIRO** - Revisora, **MARIO-ZAM BELMIRO** - 1º Vogal, sob a

presidência do Senhor Desembargador **MARIO-ZAM BELMIRO**, em proferir a seguinte decisão: **DAR PROVIMENTO. MAIORIA**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

**Brasília(DF), 25 de Novembro de 2015.**

Documento Assinado Eletronicamente

**LEILA ARLANCH**

Relatora



## RELATÓRIO

Trata-se de ação de alteração de nome e de gênero constantes do registro civil de nascimento proposta por **B. F. C.**

Conforme relatório da sentença de primeiro grau, a autora “alega que, embora seu sexo biológico seja feminino, jamais se sentiu como mulher; que desde 13 anos de idade passou a observar que seu sexo psicológico não era o mesmo que o biológico e que sempre se sentiu como homem; que se sente aprisionada em um corpo feminino. Informa que procurou apoio psicológico e psiquiátrico, ocasião em que foi diagnosticada como portadora de transtorno de identidade de gênero – transexualismo (CID 10). Após, iniciou tratamento para mudança de sexo com a realização de mastectomia bilateral, bem como com a realização de hormonioterapia para assunção de características masculinas e que já ostenta aparência do sexo oposto ao seu, restando apenas a cirurgia de transgenitalização. Requer, ao final, a alteração do gênero constante em seu registro de nascimento para masculino, e a alteração de seu nome para Alfred Veau, nome pelo qual é identificada socialmente” (fl. 56).

Manifestação da Promotoria de Justiça do Distrito Federal pela procedência do pedido às folhas 53-54.

Ao apreciar a causa, o magistrado sentenciante julgou improcedente o pedido (fls. 56-63).

Contra o provimento judicial, a parte interpôs apelação por meio da qual sustenta que, ao contrário do que decidido no primeiro grau de jurisdição, o pedido de alteração de nome e de gênero no registro civil não deve ser condicionado à transgenitalização, tendo em vista que “o Apelante não se considera mulher e nem é mais vista nesta condição pela própria sociedade, uma vez que já realizou cirurgia que retirou suas mamas, bem como se encontra em tratamento hormonal, o que já alterou em muito sua aparência. Essa situação, em que apresenta feições masculinas com documentos e nomes femininos, apenas aumenta o sofrimento a que o Apelante vem passando desde que decidiu assumir a condição masculina” (fl. 69).

Aduz que, embora conste da sentença que o procedimento já poderia ter sido realizado em face das condições financeiras da parte, a “situação não é tão simples na medida em que se tem exigido idade mínima de 21 anos para esse tipo de cirurgia, sendo que o Apelante tem 19 anos” (fl. 69).

Assevera que, de acordo com a Lei 6.015/73, o nome da pessoa pode ser alterado “desde que presente justo motivo e ausência de prejuízos a terceiros, como no caso ora analisado” (fl. 70).

Relata que o tema foi incluído pelo Supremo Tribunal Federal na sistemática da repercussão geral em face da quantidade de precedentes emanados dos tribunais pátrios segundo os quais a alteração no registro civil não pressupõe a transgenitalização (RE 670.422).

Entende que “a r. sentença deve ser reformada, haja vista que a sua condição física atual não mais se conforma com a forma que é apresentada à sociedade por seus documentos em total afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana” (fl. 74).

Pede o prequestionamento das normas inscritas nos artigos 1º, III, e 3º, IV, da Constituição da República e 57, 58 e 59 da Lei 6.015/73, bem como provimento do recurso (fls. 66-75).

Preparo regular à folha 76.

A Procuradoria de Justiça opina pelo provimento do recurso nos termos do parecer acostado às folhas 91-97 dos autos.

É o relatório.

## VOTOS

### **A Senhora Desembargadora LEILA ARLANCH - Relatora**

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O direito à dignidade constitui princípio fundamental da pessoa humana inscrito no artigo 1º, III, da Constituição da República nos seguintes termos:

*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

...

*III- a dignidade da pessoa humana;*

**Por sua vez, a concretização do direito à não discriminação enquadra-se como objetivo republicano previsto no artigo 3º, IV, da CR, *verbis*:**

*Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

...

*IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

**Da conjugação das normas circunscritas nos artigos 1º, III, e 3º, IV, da Constituição, decorre que a consolidação do conceito de dignidade da pessoa humana pressupõe a ausência de submissão a práticas discriminatórias.**

Assim, a análise do direito dos transexuais alterarem o nome e o gênero constantes do registro civil, ainda que não concluído o processo transexualizador, deve considerar que asexualidade de uma pessoa não se restringe às suas condições fisiológicas ou anatômicas.

Ao contrário, refere-se a um conjunto de atributos que também leva em conta as características psicológicas que compõem o ser humano, porque a maneira como a pessoa se sente, com a qual se identifica, enquanto aspecto emocional, constitui fator integrante da generalidade sexual, premissa já adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, conforme se infere do inteiro teor do julgamento da Apelação Cível 70013909874, da relatoria da Desembargadora Maria Berenice Dias, *verbis*:

...

*o conceito de sexo não pode ser identificado apenas pelo aspecto anatômico, uma vez que, para a Medicina Legal, não se pode mais considerar o conceito de sexo fora de uma apreciação plurivetorial, resultante de fatores genéticos, somáticos, psicológicos e sociais. A Psicologia define a sexualidade humana como uma combinação de vários elementos: o sexo biológico (o sexo que se tem), as pessoas por quem se sente*

desejo (a orientação sexual), a identidade sexual (quem se acha que é) e o comportamento ou papel sexual. Como os fatos acabam se impondo ao Direito, a rigidez do registro identificatório da identidade sexual não pode deixar de curvar-se à pluralidade psicossomática do ser humano.

**Nesse contexto, observa-se que a identidade de gênero é o estado psicológico que reflete a noção interna de uma pessoa de ser homem ou mulher, sentimento que geralmente se correlaciona ao sexo fisiológico e anatômico.**

Contudo, há casos em que, embora fisiologicamente a pessoa pertença a um gênero, ela se identifica com o gênero oposto, conflito denominado pela medicina de transtorno de identidade de gênero.

Essa condição impõe ao indivíduo um extremo desconforto com o próprio sexo e o papel de gênero, o que pode levá-lo a um estado de sofrimento profundo, especialmente quando considerado o sentimento de inadequação social que o acomete, de não pertencer ao contexto no qual é enquadrado, de diferenciações, às vezes injuriosas ou difamantes, advindas de práticas discriminatórias perpetradas contra ele desde a infância.

Tanto é assim que a referência ao sofrimento e ao prejuízo na vida social, enquanto características de grande parte dos indivíduos pertencentes à diversidade, consta expressamente do “Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais - DSM-IV-TR”, compêndio direcionado para profissionais de saúde, especialmente psiquiatras e psicólogos, identificarem o conflito de identidade de gênero, *verbis*:

#### *Critérios Diagnósticos para Transtorno da Identidade de Gênero*

*A. Uma forte e persistente identificação com o gênero oposto (não meramente um desejo de obter quaisquer vantagens culturais percebidas pelo fato de ser do sexo oposto). Em crianças, a perturbação é manifestada por quatro (ou mais) dos seguintes quesitos:*

- (1) declarou repetidamente o desejo de ser, ou insistência de que é, do sexo oposto*
- (2) em meninos, preferência pelo uso de roupas do gênero oposto ou simulação de trajes femininos; em meninas, insistência em usar apenas roupas estereotipadamente masculinas*
- (3) preferências intensas e persistentes por papéis do sexo oposto em brincadeiras de faz-de-conta, ou fantasias persistentes acerca de ser do sexo oposto*
- (4) intenso desejo de participar em jogos e passatempos estereotípicos do sexo oposto*
- (5) forte preferência por companheiros do sexo oposto*

*Em adolescentes e adultos, o distúrbio se manifesta por sintomas tais como desejo declarado de ser do sexo oposto, passar-se frequentemente por alguém do sexo oposto, desejo de viver ou ser tratado como alguém do sexo oposto, ou a convicção de ter os sentimentos e reações típicos do sexo oposto.*



***B. Desconforto persistente com seu sexo ou sentimento de inadequação no papel de gênero deste sexo.***

*Em crianças, a perturbação manifesta-se por qualquer das seguintes formas: em meninos, afirmação de que seu pênis ou testículos são repulsivos ou desaparecerão, declaração de que seria melhor não ter um pênis ou aversão a brincadeiras rudes e rejeição a brinquedos, jogos e atividades estereotipadamente masculinos; em meninas, rejeição a urinar sentada, afirmação de que desenvolverá um pênis, afirmação de que não deseja desenvolver seios ou menstruar ou acentuada aversão a roupas caracteristicamente femininas.*

*Em adolescentes e adultos, o distúrbio manifesta-se por sintomas tais como preocupação em ver-se livre de características sexuais primárias ou secundárias (por ex., solicitação de hormônios, cirurgia ou outros procedimentos para alterar fisicamente as características sexuais, com o objetivo de simular o sexo oposto) ou crença de ter nascido com o sexo errado.*

***C. A perturbação não é concomitante a uma condição intersexual física.***

***D. A perturbação causa sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento social ou ocupacional ou em outras áreas importantes da vida do indivíduo.***

*(<http://www.psiqweb.med.br/site/DefaultLimp.aspx?area=ES/VerClassificacoes&idZClassificacoes=202>).*

**Segundo o CID-10 F 64.0 do referido manual, a transexualidade caracteriza-se por “um desejo imenso de viver e ser aceito como membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e o desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia, para seu corpo ficar tão congruente quanto possível com o sexo preferido”.**

Ciente dessa realidade e com a finalidade de adotar atos concretos destinadas a minimizar a segregação social a qual as pessoas pertencentes ao grupo denominado de “diversidade” são submetidas, o Ministério da Saúde, por meio da Portaria 457, de 19 de agosto de 2008, instituiu o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde - SUS, *verbis*:

*Considerando a Portaria GM/MS nº 1.707, de 18 de agosto de 2008, que define as Diretrizes Nacionais para o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde - SUS, a serem implantadas em todas as unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão; Considerando a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.652/2002, que autoriza a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia como tratamento dos casos de transexualismo;*

*Considerando a necessidade de identificar e estruturar os serviços que prestarão assistência aos indivíduos com indicação para o Processo Transexualizador; Considerando a necessidade de estruturar o processo de Credenciamento/ Habilitação dos serviços que prestarão assistência aos indivíduos com indicação para o Processo Transexualizador;*

*Considerando a necessidade de estabelecer critérios de indicação para a realização dos procedimentos previstos no Processo Transexualizador, de transformação do fenótipo masculino para feminino; e*

*Considerando a necessidade de apoiar os gestores do SUS na regulação, avaliação e controle da atenção especializada no que concerne ao Processo Transexualizador, resolve:*

*Art. 1º - Aprovar, na forma dos Anexos desta Portaria a seguir descritos, a Regulamentação do Processo Transexualizador no âmbito do Sistema Único de saúde - SUS:*

*- Anexo I: Normas de Credenciamento/ Habilitação de Unidade de Atenção Especializada no Processo Transexualizador, referência para a realização dos procedimentos para a atenção aos indivíduos com indicação para a realização do Processo Transexualizador;*

*- Anexo II: Formulário de Vistoria do Gestor para Classificação e Credenciamento/Habilitação de Unidade de Atenção Especializada no Processo Transexualizador;*

*- Anexo III: “Diretrizes de Atenção Especializada no Processo Transexualizador”; e*

*- Anexo IV: Relação dos Serviços com expertise, Habilitados para a realização dos procedimentos previstos no Processo Transexualizador.*

*Art. 2º - Definir como Unidade de Atenção Especializada no Processo Transexualizador - a unidade hospitalar que ofereça assistência diagnóstica e terapêutica especializada aos indivíduos com indicação para a realização do processo transexualizador e possua condições técnicas, instalações físicas, equipamentos e recursos humanos adequados a este tipo de atendimento.*

*Parágrafo Único: São características da Unidade de Atenção Especializada: I- Ser Hospital de Ensino, certificado pelo Ministério da Saúde e Ministério da Educação, de acordo com a Portaria Interministerial MEC/MS nº 2.400, de 02 de outubro de 2007; II- Ser Hospital contratualizado com o SUS de acordo com as Portarias Interministerial nº 1.006, de 27 de maio de 2004, Portarias GM/MS nº 2.352, de 26 de outubro de 2004, nº 1.702,*

*de 17 de agosto de 2004, e nº 1.703, de 17 de agosto de 2004; III- Estar articulado e integrado com o sistema de saúde local e regional;*

*IV- Dispor de estrutura de pesquisa e ensino organizados, com programas e protocolos estabelecidos para o processo transexualizador; e*

*V- Ter adequada estrutura gerencial capaz de zelar pela eficiência, eficácia e efetividade das ações prestadas; Art. 3º - Definir como atribuições da Unidade de Atenção Especializada:*

*I- Apoiar a implantação das Diretrizes do Processo Transexualizador no SUS, que deve se pautar:*

*a) Na integralidade da atenção, não restringindo ou centralizando a meta terapêutica às cirurgias de transgenitalização e demais intervenções somáticas;*

*b) Na humanização da atenção, promovendo um atendimento livre de discriminação, inclusive através da sensibilização dos trabalhadores e demais usuários da unidade de saúde para o respeito às diferenças e à dignidade humana; e*

*c) Na constituição de equipe interdisciplinar e multiprofissional. Art. 4º - Determinar que as Secretarias de Estado da Saúde e Secretarias Municipais de Saúde, em Gestão Plena do Sistema, estabeleçam os fluxos assistenciais, os mecanismos de referência e contra-referência dos pacientes e, ainda, adotem*

as providências necessárias para que haja a articulação assistencial entre os serviços e, considerem na distribuição geográfica das Unidades de Assistência os parâmetros a seguir:

*I- ter base territorial de atuação definida por Macroregião;*

*II- população a ser atendida, conforme os parâmetros utilizados na Programação Pactuada Integrada - PPI;*

*III- necessidade de cobertura assistencial;*

*IV- mecanismos de acesso com os fluxos de referência e contra-referência;*

*V- capacidade técnica e operacional dos serviços; e VI- Expertise confirmada dos serviços e equipe.*

*Art. 5º - Definir que o credenciamento da Unidade de Atenção Especializada no Processo Transexualizador é descentralizado e, portanto, de responsabilidade do gestor estadual ou municipal de acordo com sua competência de gestão, no qual: I - Cabe ao gestor estadual ou municipal, de acordo com a gestão do estabelecimento, alimentar ou registrar as informações no CNES;*

*II- Cabe a Comissão Intergestores Bipartite - CIB a aprovação, ou não, desse credenciamento; e*

*III- O Credenciamento/habilitação das Unidades de Atenção Especializada para prestar assistência aos indivíduos que possuem indicação para a realização do Processo Transexualizador, após ser aprovado na Comissão Intergestores Bipartite - CIB ocorrerá com a homologação pelo Ministério da Saúde, conforme estabelecido na Portaria GM/MS nº 598, de 23 de março de 2006.*

§1º Para fins de credenciamento de que trata o caput deste Artigo, deverão ser utilizadas/seguidas as Normas de Credenciamento/Habilitação de Unidade de Atenção, referência para a realização dos procedimentos para a Atenção aos indivíduos com indicação para a realização do Processo Transexualizador, conforme estabelecido no Anexo I desta Portaria.

§2º Para fins de homologação do credenciamento e habilitação pelo Ministério da Saúde, as Secretarias de Estado da Saúde deverão encaminhar os documentos a seguir descritos à Coordenação Geral de Alta Complexidade, do Departamento de Atenção Especializada - DAE/SAS/MS, a quem compete a respectiva habilitação e homologação:

*I- Cópia da Resolução da CIB aprovando o Credenciamento;*

*II- Formulário de Vistoria do Gestor, conforme Anexo II desta Portaria; e*

*III- Informações sobre o impacto financeiro, conforme definido na Portaria GM/MS nº 598, de 23 de março de 2006.*

§3º O credenciamento/habilitação da Unidade de Atenção Especializada será realizado nos limites orçamentários previstos para o exercício financeiro pelo Ministério da Saúde.

§4º O Ministério da Saúde/Secretaria de Atenção à Saúde/ Departamento de Atenção Especializada avaliará a indicação apresentada e verificará a disponibilidade de recursos para publicação da Habilitação da Unidade.

*Art. 6º - Definir que as Unidades de Atenção Especializada habilitadas para prestar assistência aos indivíduos com indicação para a realização do Processo Transexualizador deverão submeter-se à regulação, controle e avaliação do gestor estadual e municipal, conforme as atribuições estabelecidas nas respectivas condições de gestão. Art. 7º*

- Incluir, na tabela de serviços/classificações do Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde - CNES e dos Sistemas de Informações Ambulatorial e Hospitalar do SUS, o serviço de código 153 - Atenção especializada no Processo Transexualizador e suas respectivas classificações

*conforme tabela a seguir: omissis*

*Art. 8º - Criar o procedimento específico para tratamento hormonal pré-operatório à cirurgia sequencial de transexualização:*

*Redesignação sexual. omissis*

*os medicamentos hormonais quando fornecidos para Processo Transexualizador não podem ser cobrados no âmbito dos programas de assistência farmacêutica da atenção básica e de medicamentos excepcionais.*

*Art. 9º - Criar o procedimento específico para acompanhamento terapêutico no Processo Transexualizador:*

*omissis*

*Art. 10 - Criar o procedimento específico para cirurgia de transexualização: Redesignação Sexual.*

*omissis*

*Art. 11 - Estabelecer que os procedimentos definidos nos artigos 8º e 9º desta Portaria serão operacionalizados no SIA/SUS, por meio de Autorização de Procedimentos Ambulatoriais de Alta Complexidade/Custo (APAC).*

*Art. 12 - Estabelecer que as Unidades de Atenção Especializada que não mantiverem o cumprimento do disposto nesta Portaria serão desabilitados pela Secretaria de Atenção à Saúde - SAS.*

*Art. 13 - Estabelecer que os recursos orçamentários necessários à implementação desta Portaria correrão por conta do orçamento do Ministério da Saúde, devendo onerar o Programa de Trabalho 10.302.1220.8585 - Atenção à Saúde da População para Procedimentos de Média e Alta Complexidade. Art. 14 - Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.*

**O Conselho Federal de Medicina autorizou a cirurgia de redesignação sexual do tipo “neocolpovulvoplastica” como tratamento de casos de transexualismo ao editar a Resolução 1.652/2002, hoje substituída pela Resolução 1.955/2010, que assim dispõe:**

*O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e CONSIDERANDO a competência normativa conferida pelo artigo 2º da Resolução CFM nº 1.246/88, publicada no DOU de 26 de janeiro de 1988, combinado ao artigo 2º da Lei nº 3.268/57, que tratam, respectivamente, da expedição de resoluções que complementem o Código de Ética Médica e do zelo pertinente à fiscalização e disciplina do ato médico; (onde se lê “Resolução CFM nº 1.246/88, publicada no D.O.U. de 26 de janeiro de 1988”, leia-se “Resolução CFM nº 1.931/2009, publicada no D.O.U. de 24 de janeiro de 2009, Seção I, p. 90.”) CONSIDERANDO ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do*

fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio; CONSIDERANDO que a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal brasileiro, haja vista que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico; CONSIDERANDO a viabilidade técnica para as cirurgias de neocolpovulvoplastia e/ou neofaloplastia;

*CONSIDERANDO o que dispõe o parágrafo 4º do artigo 199 da Constituição Federal, que trata da remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como o fato de que a transformação da genitália constitui a etapa mais importante no tratamento de pacientes com transexualismo;*

*CONSIDERANDO que o artigo 14 do Código de Ética Médica veda os procedimentos médicos proibidos em lei, e o fato de não haver lei que defina a transformação terapêutica da genitália in anima nobili como crime;*

*CONSIDERANDO que o espírito de licitude ética pretendido visa fomentar o aperfeiçoamento de novas técnicas, bem como estimular a pesquisa cirúrgica de transformação da genitália e aprimorar os critérios de seleção;*

*CONSIDERANDO o que dispõe a Resolução CNS nº 196/96, publicada no DOU de 16 de outubro de 1996; CONSIDERANDO o estágio atual dos procedimentos de seleção e tratamento dos casos de transexualismo, com evolução decorrente dos critérios estabelecidos na Resolução CFM nº 1.652/02 e do trabalho das instituições ali previstas; CONSIDERANDO o bom resultado cirúrgico, tanto do ponto de vista estético como funcional, das neocolpovulvoplastias nos casos com indicação precisa de transformação do fenótipo masculino para feminino;*

*CONSIDERANDO as dificuldades técnicas ainda presentes para a obtenção de bom resultado tanto no aspecto estético como funcional das neofaloplastias, mesmo nos casos com boa indicação de transformação do fenótipo feminino para masculino;*

*CONSIDERANDO que o diagnóstico, a indicação, as terapêuticas prévias, as cirurgias e o prolongado acompanhamento pós-operatório são atos médicos em sua essência;*

*CONSIDERANDO o Parecer CFM nº 20/10, aprovado em 12 de agosto de 2010;*

*CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária de 12 de agosto de 2010,*

**RESOLVE:**

*Art. 1º Autorizar a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo.*

*Art. 2º Autorizar, ainda a título experimental, a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia.*

*Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:*

- 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;*
- 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;*

3) *Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;*

4) *Ausência de outros transtornos mentais. (Onde se lê “Ausência de outros transtornos mentais”, leia-se “Ausência de transtornos mentais”)*

*Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:*

1) *Diagnóstico médico de transgenitalismo;*

2) *Maior de 21 (vinte e um) anos;*

3) *Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.*

*Art. 5º O tratamento do transgenitalismo deve ser realizado apenas em estabelecimentos que contemplem integralmente os pré-requisitos estabelecidos nesta resolução, bem como a equipe multidisciplinar estabelecida no artigo 4º.*

§ 1º *O corpo clínico destes hospitais, devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina, deve ter em sua constituição os profissionais previstos na equipe citada no artigo 4º, aos quais caberá o diagnóstico e a indicação terapêutica.*

§ 2º *As equipes devem ser previstas no regimento interno dos hospitais, inclusive contando com chefe, obedecendo aos critérios regimentais para a ocupação do cargo.*

§ 3º *Em qualquer ocasião, a falta de um dos membros da equipe ensejará a paralisação de permissão para a execução dos tratamentos.*

§ 4º *Os hospitais deverão ter comissão ética constituída e funcionando dentro do previsto na legislação pertinente.*

*Art. 6º Deve ser praticado o consentimento livre e esclarecido. Art. 7º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se a Resolução CFM nº 1.652/02.*

**Essa digressão demonstra que tanto o Estado quanto os diversos segmentos de saúde, seja física, seja psicológica, têm envidado esforços voltados ao enfraquecimento dos fatores sociais que submetem os transexuais à discriminação perpetrada por quem tem dificuldades de conviver com as diferenças bem como a integrá-los à sociedade, garantindo-lhes o direito de exercitarem a própria qualificação da maneira como a sentem, vivendo dignamente.**

Em contribuição com o desiderato de concretização da igualdade, na acepção jurídica do termo, os tribunais têm reconhecido a procedência dos pedidos de alteração de nome e de gênero efetuados por pessoas transexuais, inclusive com anuência do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

*Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo.*

*Princípio da dignidade da pessoa humana.*

*Sob a perspectiva dos princípios da Bioética de beneficência, autonomia e justiça, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sus-*

*tentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.*

*A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade.*

*A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana ? cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.*

*- Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.*

*- Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana.*

*- A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo.*

*- Conservar o sexo masculino no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.*

*- Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, ade dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.*

*- Vêtar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73.*



- Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar.

Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolida, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alcançando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna.

- De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar imperfeições como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado.

Recurso especial provido.

(REsp 1008398/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 18/11/2009).

**Observa-se que o pleito de alteração do registro civil de quem já se submeteu à cirurgia de redesignação sexual não encontra resistência no âmbito dos tribunais pátrios.**

O mesmo raciocínio deve ser adotado, ainda que a transgenitalização não tenha sido realizada, tendo em vista que o processo transexualizador não se refere exclusivamente à alteração do órgão reprodutor, mas compõe um procedimento complexo que envolve desde um rigoroso diagnóstico médico à submissão à hormonioterapia, conforme consta da Portaria 457 do Ministério da Saúde, acima referida.

Logo, a possibilidade de alteração do nome e do gênero do transexual não se condiciona à realização da cirurgia de mudança de sexo, mas pressupõe a observância do contexto global em que se encontra o interessado.

Também é importante consignar que não só os direitos à existência digna e à não discriminação dispostos nos artigos 1º, III, e 3º, IV, da Constituição da República alicerçam a pretensão da parte, mas também os preceitos inscritos nos artigos 55, parágrafo único, 57 e 58 da Lei 6.015/73, segundo os quais o nome não pode expor o indivíduo ao ridículo, sendo possível substituí-lo por apelido notório,



*verbis:*

*Art. 55. ...*

*Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.*

*...*

*Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.*

*...*

*Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.*

**A análise do âmbito de incidência das normas citadas evidencia que a existência de motivo justo, dentre eles a não submissão a situações vexatórias, constitui fundamento para a alteração do nome de registro por apelido notório conhecido no meio social em que o transexual convive, entendimento assente no Superior Tribunal de Justiça, *verbis:***

*RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. REGISTRO CIVIL. NOME. ALTERAÇÃO. SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO PATERNO. ABANDONO PELO PAI NA INFÂNCIA. JUSTO MOTIVO. RETIFICAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 56 E 57 DA LEI N.º 6.015/73. PRECEDENTES.*

*1. O princípio da imutabilidade do nome não é absoluto no sistema jurídico brasileiro.*

*2. O nome civil, conforme as regras dos artigos 56 e 57 da Lei de Registros Públicos, pode ser alterado no primeiro ano após atingida a maioridade, desde que não prejudique os apelidos de família, ou, ultrapassado esse prazo, por justo motivo, mediante apreciação judicial e após ouvido o Ministério Público.*

*3. Caso concreto no qual se identifica justo motivo no pleito do recorrente de supressão do patronímico paterno do seu nome, pois, abandonado pelo pai desde tenra idade, foi criado exclusivamente pela mãe e pela avó materna.*

*4. Precedentes específicos do STJ, inclusive da Corte Especial.*

*5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.*

*(REsp 1304718/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 05/02/2015).*

**Dessa forma, ainda que não efetivada a redesignação sexual, quando houver motivo justo, admite-se a alteração do prenome do transexual, nos termos do disposto nos artigos 55, § único, 57 e 58 da Lei 6.015/73.**

É exatamente o que ocorre no caso concreto em que a justeza do motivo está comprovada pelos diversos laudos e relatórios técnicos acostados aos autos, conforme será demonstrado adiante.

De acordo com a Ginecologista Sylvia Maria Cavalcanti, CRM 4.409, Presidente da Comissão Nacional de Sexologia, a parte interessada “tem história clara e corrente de identificação com o gênero oposto ao fenótipo, com comportamento compatível com sua identidade sexual. Vem ainda sendo acompanhado (a) na psiquiatria que aponta ausência de desvio de personalidade e pela endócrino que já instituiu medicação anabolizante. Irá se submeter a retirada de glândulas mamárias e já utiliza medicações para supressão de menstruação. Faz-se portanto necessário o ajuste da identidade civil com mudança de nome para o gênero masculino que facilita seu convívio social e elimine o *bullying* que vem sofrendo. CID F 64.0.” (fls. 17-18).

Ressalte-se que a cirurgia para retirada de ambas as mamas foi realizada após a emissão do laudo acima.

Por sua vez, segundo o relatório subscrito pela Psiquiatra Norma Maria Malta Machado, CRM-DF 11.936, datado de 31/03/2014, a alteração do nome e do gênero da parte demandante é indicada para minimizar as situações de assédio social, vexatórias e humilhantes que permeiam a condição de transexual, *verbis*:

*O transexual Barbara Ferreira da Cunha, que atende pela alcunha de Alfred, 18 anos, solteiro, com ensino médio completo, é portador de CID 10 F 60.30, relacionado a F 43.1 (eventos estressores associados ao diagnóstico F 64.0).*

*Conforme seus relatos, os de seus pais e os de outros profissionais de saúde que o acompanham desde criança ele sofre por ter um sexo biológico incompatível com sua identidade psíquica.*

*Esse seu dilema existencial e o preconceito sociofamiliar tomaram-no vítima de situações humilhantes em vários locais onde esteve (como no ambiente educacional do DF) e de violências verbais e físicas por parte de irmão e conhecidos. Em sua história pregressa, há informações de que, desde os 13 anos e antes do tratamento em saúde mental, em momentos de desespero, ele tentou suicídio, por sentir-se incomodado com o corpo que possui e pelas agressões verbais de pessoas que não aceitavam sua identidade relativa ao gênero.*

*Há quase quatro anos, passou a assumir uma identidade masculina e está fortemente determinado a se submeter a cirurgia de transgenitalização para mudar sua identidade oficial. Prova disso é que vem se submetendo à hormonioterapia há vários meses e, em outubro de 2013, submeteu-se à mastectomia bilateral.*

*Há cerca de dois anos, vem sendo tratado por ginecologista e acompanhado por sexoterapeuta, sendo acompanhado também em psiquiatria desde 23/8/2012.*

***Durante o acompanhamento em psiquiatria e em psicologia, ele se submeteu a avaliações psíquicas e vem melhorando gradativamente. Continua, porém, na expectativa de se submeter à transformações sexual total e sofre com a espera do procedimento médico, bem como pelo***

*fato de ainda ser chamado pelo nome feminino em qualquer ambiente onde esteja. Por isso, quer mudar seu prenome Bárbara para Alfred, que já é seu nome social e, inclusive, constava na folha de frequência do terceiro ano do segundo grau em 2013.*

*Ele informou que a maioria de seus familiares, amigos, colegas e demais funcionários do colégio no qual estudou sabe de suas condições de gênero e sexual e que muitos deles já o chamam de 'Alfred'. Isso alivia sua angústia momentaneamente e o gratifica existencialmente, enquanto aguarda a adoção legal do nome escolhido.*

...

*Evolução Psiquiátrica: desde o início do tratamento em nossa clínica, esse paciente, adoecido pela autorpercepção de assédio moral por parte da sociedade na qual vive e que não aceita seu sexo biológico, vem evoluindo satisfatoriamente. Ele associa seus problemas psíquicos ao fato de estar 'preso' em um corpo feminino, apesar de sentir-se como sendo do gênero masculino. Esse fato prejudica toda sua vida, desde as relações familiares e as sociais e, principalmente, a área educacional (antes de concluir o segundo grau, foi reprovado por absenteísmo, relacionado a comentários negativos sobre si por parte de colegas e funcionários de locais onde estudou) e a perspectiva do futuro profissional (tem medo de não ser aceito e não conseguir trabalhar plenamente). (fls. 18-29)*

**Note-se que socialmente a parte já é conhecida por Alfred Veau, nome que constava da lista de chamada do segundo grau, o que também corrobora a pretensão e atende à exigência contida no artigo 58 da Lei 6.015/73.**

Outro fator relevante é que a parte está submetida à hormonioterapia, acompanhada por médico, com a finalidade de enrobustecer suas características masculinas, razão pela qual a adequação da aparência fisiológica ao gênero masculino com o qual ela se identifica é uma questão de tempo, principalmente quando considerado que um dos maiores atributos da feminilidade, as mamas, já foram retiradas por meio da mastectomia bilateral realizada em 2013, que é a primeira fase da cirurgia de transgenitalização, informação contida no laudo de folha 23:

*Ele assume sua condição de transexual, quer mudar seu prenome no registro civil, já se submeteu à primeira fase da cirurgia de transgenitalização, com ablação mamária total, submete-se à hormonioterapia e pretende se submeter à última fase de mudança sexual ainda este ano. Atualmente, o paciente encontra-se ansioso ante a perspectiva de troca de nome no registro civil, da finalização cirúrgica da redesignação sexual e do ingresso em cursos de cinema.*

...

*Na última consulta, realizada este mês, ele demonstrou estabilidade psíquica, verbalizando que só fica ansioso quando pensa em realizar definitivamente seus sonhos de tornar-se pessoa do gênero masculino em toda sua plenitude sexual e construir uma nova vida, a partir da mudança identitária psicobiológica e social. A possibilidade de isso acontecer*

com a troca de nome em seus documentos civis o deixa mais tranquilo, enquanto aguarda a cirurgia final de resignação sexual. Por fim, ele se queixa de sentir-se “bastante contrangido” em ser chamado pelo nome feminino que consta nos referidos documentos. Caso esse fato continue acontecendo, há uma grande piora de seu quadro clínico, o que pode gerar sérios problemas em sua vida em geral e recaídas depressivas frequentes.

**Assim, não há dúvidas de que manter o nome e o gênero femininos irá submeter a parte a situações vexatórias, o que refoge ao espírito das normas inscritas na Lei de Registros Públicos, sem falar na perpetuação da violação à sua dignidade, especialmente quando considerado que, “para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade” (REsp 1.008.398).**

Sob outro ângulo, também é importante consignar que a literatura especializada tem caminhado para demonstrar que existe um cérebro feminino e outro masculino e que essa formação ocorre durante a gestação, o que faz concluir que a identidade de gênero, além de um aspecto psicológico, também advém dos aspectos biológicos, os quais não se submetem à vontade do ser.

Veja-se o especialista Alexandre Saadeh, Doutor em Psiquiatria pela Universidade de São Paulo, professor da Faculdade de Ciências Humanas e da Saúde no Curso de Psicologia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e médico supervisor do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP - “Psiquiatria e Psicologia, com ênfase em Processos Psico- Fisiológicos, atuando principalmente nos seguintes temas: sexualidade, comportamento humano, psicoterapia, psicodrama, transexualismo e adolescência” (<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4133445T0>), citado no laudo psiquiátrico acostado aos autos (fl. 24):

*Hoje em dia, sabe-se que existe um cérebro feminino e um masculino, determinado no útero da mãe por hormônios masculinos circulantes. E isso interfere no desenvolvimento cerebral para uma linhagem feminina ou masculina. A cultura e o ambiente também têm importância, mas a determinação é biológica (Saadeh, 2013:GI).*

**Feitas essas considerações, tem-se que, em caso similar ao destes autos, esta Corte de Justiça, em acórdão unânime prolatado pela 4ª Turma, reconheceu o direito de transexual alterar o prenome sem condicionar a mudança à transgenitalização, *verbis*:**

*CIVIL. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO PRENOME FEMININO. TRANSTORNO DE GÊNERO. PROVAS. CONSTRANGIMENTO. JUSTO MOTIVO. SENTENÇA MANTIDA.*

1. Se a interessada demonstra ausência de identificação com o gênero feminino, com rejeição do fenótipo, além de constrangimentos em relação ao seu prenome feminino, há justo motivo, nos termos do artigo 57 da Lei nº 6.015/1973, que autorize a substituição por um prenome masculino.

2. Recurso não provido.

(Acórdão n. 842460, 20130110412749APC, Relator: CRUZ MACEDO, Revisor: FERNANDO HABIBE, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 10/12/2014, Publicado no DJE: 22/01/2015. Pág.: 368).

**Abstrai-se do voto condutor do julgado a seguinte fundamentação adotada pelo eminente relator Cruz Macedo para justificar a procedência do pedido de alteração do prenome feminino para masculino, como no caso dos autos:**

...

No mais, ainda que o valor jurídico do documento de fl. 46 possa ser questionado, a informação sobre a realização de mastectomia e reposição hormonal corrobora as provas até então produzidas, no sentido de que a autora não se identifica com o gênero feminino, o que lhe causa constrangimentos em relação seu prenome feminino. Do mesmo modo, o documento de fl. 47 demonstra como a autora se identifica em seu meio social, o que confirma sua convicção quanto à alteração do prenome. Portanto, a despeito das alegações do Ministério Público, tenho que o recurso não comporta provimento, eis que se afigura presente requisito exigido na Lei nº 6.015/73, que dispõe sobre os registros públicos. Nos termos do artigo 57 da referida lei, “a alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei”. (Redação dada pela Lei nº 12.100/2009). Assim, se há justo motivo, como determina a lei, que permita retificação do nome da autora, o pedido de substituição do prenome feminino por um masculino deve ser deferido, porquanto *demonstrado o constrangimento sofrido pela interessada em razão da ausência de identificação de gênero*. Sobre o tema, e em relação ao constrangimento e sofrimento vivenciado por aqueles que apresentam transtorno de gênero, o colendo Superior Tribunal de Justiça se manifestou nos seguintes termos:

...

Portanto, ainda que a autora não tenha se submetido à cirurgia para alteração do sexo (desconsiderando, portanto, o documento de fl. 56 que atesta a realização de mastectomia e reposição hormonal), há, mesmo assim, justo motivo a ensejar a alteração do prenome feminino, considerando a angústia e os constrangimentos vivenciados em razão da ausência de identidade de gênero.

**Entendimento similar tem sido adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, conforme se infere do acórdão**

**prolatado nos autos da Apelação Cível 70013909874, da lavra da eminente Desembargadora Maria Berenice Dias, *verbis*:**

*APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DO NOME E AVERBAÇÃO NO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO.*

*O fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, atua como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome.*

*Por maioria, proferam em parte.*

**Vejam-se alguns dos fundamentos jurídicos adotados pela Desembargadora Maria Berenice Dias, *verbis*:**

*Diante dessas circunstâncias, o fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido em comento.*

*O nome das pessoas, enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que é, constituindo um atributo da personalidade.*

*Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, por sua vez, atua como sendo uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo.*

*Portanto, fechar os olhos para a peculiar situação vivenciada pelo recorrente, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição*

*Federal. Nesse sentido, cabe citar o art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948): “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”.*

Sobre o tema em comento, merecem transcrição os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet:

**“{...} Na feliz formulação de Jorge Miranda, o fato de os seres humanos (todos) serem dotados de razão e consciência representa justamente o denominador comum a todos os homens, expressando em que consiste a sua igualdade. Também o Tribunal Constitucional da Espanha, inspirado igualmente na Declaração universal, manifestou-se no sentido de que “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais.**

Nesta mesma linha situa-se a doutrina de Günter Dürig, considerado um dos principais comentadores da Lei Fundamental da Alemanha da segunda metade do século XX. Segundo este renomado autor, a dignidade da pessoa humana consiste no fato de que “cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda” (in Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Livraria do Advogado editora, 2001, p. 43/44).

*Ademais, merece ser invocado o art. 6º da Constituição Federal, que, entre os direitos sociais, assegura o direito à saúde, encargo que é imposto ao próprio Estado. Conforme a Organização Mundial da Saúde - OMS: “Saúde é o completo estado de bem-estar físico, psíquico ou social”. A incoincidência da identidade do transexual provoca desajuste psicológico, não se podendo falar em bem-estar físico, psíquico ou social. Assim, o direito à adequação do registro é uma garantia à saúde, e a negativa de modificação afronta imperativo constitucional, revelando severa violação aos direitos humanos (Maria Berenice Dias. União Homossexual: o Preconceito e a Justiça, 3ª edição. Porto alegre: Livraria do Advogado, ano 2006, p. 124).*

*Portanto, resulta estreme de dúvidas que, diante da excepcionalidade do caso em tela, é de prevalecer à regra da imutabilidade o direito à alteração do prenome, por força do art. 58 da Lei 6.015/73. Inclusive, tem-se por desnecessária prova a respeito das situações vexatórias vivenciadas pelo recorrente, sendo do conhecimento de todos os constrangimentos diários pelos quais passam pessoas como o apelante.*

### **Há outros julgados emanados do TJRS confeccionados em situação análoga, a exemplo dos seguintes:**

*Registro civil das pessoas naturais. Retificação de sexo e de prenome. Transsexualidade. Alteração que pode ocorrer por exceção e motivadamente, nas hipóteses permitidas pela lei dos registros públicos (lei nº 6.015/73, arts. 56 e 57). Nome registral do usuário em descompasso com a sua aparência física e psíquica. Retificação que se recomenda, de forma a evitar situações de constrangimento público. Alteração*

de sexo, posterior cirurgia de transgenitalização. Inteligência do art. 462 do CPC. Apelação provida, por maioria.

*(Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 8ª Câmara Cível, Apelação cível nº 70014179477, Relator Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 24.08.2006).*

**APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO RELATIVAMENTE AO SEXO. TRANSEXUALISMO. POSSIBILIDADE, EMBO- RA NÃO TENHA HAVIDO A REALIZAÇÃO DE TODAS AS ETAPAS CIRÚRGICAS, TENDO EM VISTA O CASO CONCRETO. RECURSO PROVIDO.**

*(Apelação Cível Nº 70011691185, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alfredo Guilherme Englert, Julgado em 15/09/2005).*

REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. PRENOME. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. APELIDO PÚBLICO E NOTÓRIO. O FATO DE O RECORRENTE SER TRANSEXUAL E EXTERIORIZAR TAL ORIENTAÇÃO NO PLANO SOCIAL, VIVENDO PUBLICAMENTE COMO MULHER, SENDO CONHECIDO POR APELIDO, QUE CONSTITUI PRENOME FEMININO, JUSTIFICA A PRETENSÃO JA QUE O NOME REGISTRAL É COMPATÍVEL COM O SEXO MASCULINO. DIANTE DAS CONDIÇÕES PECULIARES, NOME DE REGISTRO ESTÁ EM DESCOMPASSO COM A IDENTIDADE SOCIAL, SENDO CAPAZ DE LEVAR SEU USUÁRIO A SITUAÇÃO VEXATORIA OU DE RIDÍCULO. ADEMAIS, TRATANDO-SE DE UM APELIDO PÚBLICO E NOTÓRIO JUSTIFICADA ESTÁ A ALTERAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 56 E 58 DA LEI N. 6015/73 E DA LEI N. 9708/98. RECURSO PROVIDO. (11 FLS.)

*(Apelação Cível Nº 70000585836, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 31/05/2000).*

Por sua vez, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, por meio do Parecer 232/2015, da lavra do Procurador de Justiça José Valdenor Querioz Júnior, opinou pela procedência do pedido nos seguintes termos (fls. 91-97):

...

*Como exaustivamente tratado pela doutrina especializada, o transexual experimenta um insustentável sofrimento pelo fato de nascer com a anatomia de um sexo, mas possuir uma convicção íntima de pertencer ao gênero oposto. Esta sensação de viver aprisionado a um corpo que rejeita provoca na pessoa uma sensação enorme de desconforto que pode levá-lo ao extremo de praticar atos de automutilação ou mesmo suicídio.*

*A Constituição Federal tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), de sorte que o Estado deve proporcionar ao cidadão todos os meios para que possa viver em harmonia com os*



demais membros da sociedade, livre de qualquer tipo de discriminação. Enfim, desfrutar da felicidade plena que a vida lhe proporciona. O ser humano ocupa o lugar mais alto na escala de nosso ordenamento jurídico, de sorte que a interpretação de qualquer norma deve ser no sentido de privilegiar a concretização dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões.

*Ora, ninguém desconhece que os transexuais são pessoas que enfrentam diariamente inúmeros conflitos sociais por conta de sua condição e constantemente são submetidos aos mais diversos tipos de constrangimentos.* O 1VIEIRA. Tereza Rodrigues. Bioética e biodireito, São Paulo: Jurídico Brasileira, 1999. p.94. 4 próprio apelante informou ao Juízo as humilhações que já sofreu ao longo de sua vida, especialmente na escola.

*A imutabilidade do nome e dos apelidos de família, como de cediço conhecido, há muito deixou de ser tratado como regra absoluta. A proteção jurídica que se confere ao nome, conforme consta de julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ - AP.0005650-64.2012.9.19.0208 - 8ª c.Civ. -*

*Rel. Desª Norma Suely Quintes - Dje 02/07/2014), não diz respeito ao signo em si mesmo, mas à pessoa. É o indivíduo - e não o rótulo - o sujeito de direito. A alteração do nome encontra óbice apenas em caso de má fé, tentativa de causar lesão a direito de terceiros ou por simples capricho do requerente, na medida que poderia provocar todo o tipo de insegurança jurídica. Esta não é a hipótese, de sorte que, caso existisse eventual conflito de direitos fundamentais, em juízo de ponderação o pêndulo da balança deveria pesar a favor da concretização da dignidade da pessoa humana e não como decidiu a r. sentença.*

*Acrescente-se que a Constituição Federal reconheceu de forma expressa os direitos de personalidade (Art. 5º, X), sendo certo que estes envolvem o direito à vida e à integridade física e moral, à intimidade, o direito sobre o próprio corpo, o direito à liberdade, o direito à honra, à imagem, à intimidade e à privacidade, o direito à identidade pessoal e ao nome. São direitos que resguardam a dignidade da pessoa humana e, portanto, merecem proteção estatal. No que diz respeito ao nome, este é, como afirma Danilo Doneda<sup>2</sup>, “provavelmente o primeiro direito de personalidade”, assevera ainda que o nome é o “direito subjetivo por excelência, para a estruturação dos direitos de personalidade”.*

*Exigir a realização de cirurgia de redesignação de sexo para considerar a possibilidade de alteração do prenome e do gênero no registro civil - com o devido respeito - configura uma forma de perpetuar uma violação à dignidade da pessoa humana e, assim, afrontar a norma contida no Art. 1º, III, da Constituição Federal. Para o transexual, exercer uma vida com dignidade significa ver reconhecida pela sociedade a sua identidade sexual sob a ótica psicossocial. Obrigar o cidadão a portar documentos - e a exibi-los, quando necessário - que não refletem a sua identidade de gênero ofende a dignidade da pessoa humana, uma vez que é fonte de constante constrangimento, angústia e sofrimento. Negar um direito assegurado na Constituição brasileira de 1988 é afrontar uma garantia fundamental.*

*Registre-se que a Resolução nº 1955/2010, do Conselho Federal de Medicina, reconhece a existência de dificuldades técnicas para a obtenção de*

*resultado satisfatório - estético e funcional - da cirurgia de neofaloplastia, razão pela qual a sua realização apenas em caráter experimental (Art. 2º). Como bem ressaltou a Desembargadora Norma Suely Fonseca Quintes, no julgado do TJRJ, anteriormente citado, “seria absolutamente desumano exigir que o transexual se submetesse a uma cirurgia em fase experimental, sem garantia mínima de sucesso, como condição para deferir-lhe a alteração do prenome e do gênero. O direito ao nome está associado à dignidade humana, não havendo que se cogitar de uma relação formal-descritiva de genitália».* No mesmo julgado há a transcrição de parecer assinado pelo médico perito, Dr. Márcio Littleton, que se encaixa perfeitamente ao caso em exame:

*“Não se pode transformar um homem em mulher apenas amputando-lhe o pênis. Um paciente que tem seu pênis amputado por alguma doença ou acidente, não vira uma mulher. Um homem que nasce com malformação do pênis, micropênis ou a ausência de pênis não se converte em mulher. Da mesma forma, o transexual masculino não necessita de um pênis para ser homem, mesmo porque a cirurgia para construção do pênis é experimental. O que o paciente precisa para ser homem é uma mente normal masculina, aceitação social como homem pelos seus pares, tratamento específico para a disforia de gênero e do reconhecimento legal”.*

*Realmente, a personalidade sexual não se encontra vinculada apenas ao aspecto físico da pessoa, como também não decorre da simples existência de um órgão reprodutor masculino ou feminino. A sexualidade pertence à ordem do desejo e do inconsciente. A completa satisfação somente ocorrerá quando houver a compatibilidade entre a mente e o corpo.*

*No caso em exame, o apelante já se submeteu, em dezembro de 2013, a uma cirurgia de mastectomia bilateral. Além disso, vem realizando tratamento de hormonioterapia há vários meses e recebendo apoio psicológico e psiquiátrico para análise e orientação. O laudo psiquiátrico em sua conclusão afirma que o paciente preenche os requisitos para transsexualização definitiva. As fotografias juntadas aos autos demonstram a incompatibilidade entre a aparência atual do apelante com o registro civil refletido na Carteira de Identidade.*

*Com o devido respeito ao julgado do TJDF citado pela r. sentença no sentido de que a alteração do registro somente poderá ser deferida depois da realização da cirurgia, devem prevalecer aqueles citados pelo apelante e tanto outros proferidos pelo Brasil afora privilegiando a dignidade da pessoa humana. Apenas a título de exemplo, confira-se o importante julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Alteração do nome e averbação no registro civil. Transsexualidade. Cirurgia de transgenitalização. O fato de o apelante não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem*

eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, atual como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome. Por maioria, proferam em parte. Apelação Cível nº 70013909874. Relatora: Maria Berenice Dias. Porto Alegre. J. 05/04/2006). Juris Síntese nº 113. Maio/Junho 2015.

*Realmente, a cirurgia de transgenitalização não é requisito essencial para a alteração do registro civil em virtude o seu caráter secundário. A intervenção cirúrgica tem apenas o caráter complementar visando a conformação das características e anatomia ao sexo psicológico.*

*Entende, pois, o Órgão do Ministério Público signatário da presente manifestação que a r. sentença não aplicou o melhor direito à espécie, na medida em que afrontou a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana.*

**Além de tudo o que foi dito, lembre-se que o processo transexualizador não se restringe à redesignação sexual, mas é composto por diversas fases e uma das mais relevantes quando se trata de mudança para o gênero masculino, a mastectomia bilateral, já foi realizada, o que demonstra estar a parte em estágio avançado do procedimento.**

Em síntese, a pessoa transexual tem direito à adoção do nome que reflita a identidade de gênero com o qual se identifica mesmo quando não realizada a transgenitalização, tendo em vista a existência de justo motivo para a alteração, conforme disposições constantes dos artigos 55, parágrafo único, 57 e 58 da Lei 6.015/73, bem como as premissas relativas aos princípios da dignidade da pessoa humana e da não discriminação inscritas nos artigos 1º, III, e 3º, IV, da Constituição da República.

Fundamentação idêntica justifica a mudança do gênero de feminino para masculino no registro civil, haja vista que a discrepância documental entre nome e gênero exporia a parte a situações vexatórias, circunstância não admitida pelo ordenamento jurídico.

Ressalte-se que constará apenas no livro cartorário que as retificações são decorrentes de decisão judicial, sem que haja especificações nos registros, entendimento assente no Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

...

*1. Do exposto, com fulcro no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou parcial provimento ao recurso especial, a fim de autorizar a averbação, apenas no livro cartorário e à margem do registro, de que a retificação do prenome e do sexo da requerente é oriunda de decisão judicial, sendo vedada, nos termos da fundamentação, qualquer menção a este fato nas certidões do registro público.*

*Publique-se. Intimem-se.*  
(RECURSO ESPECIAL Nº 1.043.004 - RS (2008/0064846-9)  
RELATOR : MINISTRO MARCO BUZZI).

...

*II - Conclusão*

*Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e dou-lhe provi-  
mento para autorizar:*

*a) a alteração do sexo indicado no registro civil - de “masculino” para “fe-  
minino”;*

*b) a averbação, apenas no livro cartorário e à margem do sexo que consta no  
registro civil, de que a alteração é oriunda de decisão judicial; vedada qual-  
quer menção nas certidões do registro público, sob pena de manter a situação  
constrangedora e discriminatória.*

*Publique-se.*

(RECURSO ESPECIAL nº 876672 - RJ (2006/0175226-0) RE-  
LATOR : MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA).

**Também é importante consignar que, embora o pedido exordial consistisse na alteração do prenome da parte de Bárbara para Alfred, no transcurso da audiência, “o requerente ratificou os termos da petição inicial, contudo esclareceu que pretende que seu nome seja Alfred Vean” (fl. 51).**

Verifica-se, assim, que a inicial foi emendada oralmente para adicionar mais um prenome ao pedido, tornando-o composto, pretensão encampada pelo Ministério Público ao referir-se a “AlfredVean” no parecer emitido após a audiência (fl. 53).

Logo, como o artigo 264 do CPC permite a alteração do pleito até o saneamento do processo e considerando que não há parte *ex adversa* na lide, não se vislumbra impedimento jurídico para permitir o acréscimo de Vean ao prenome da parte, o que resultará no nome completo de **Alfred Vean Ferreira da Cunha**, já que os sobrenomes são inalteráveis.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso para possibilitar a alteração do prenome da parte de Bárbara para Alfred Vean e a mudança de gênero de feminino para masculino nos assentamentos dos registros públicos, sem que haja qualquer menção a este fato nas certidões do registro público, salvo que se trata de ordem judicial. O nome completo da parte será **Alfred Vean Ferreira da Cunha**.

É o voto.

**A Senhora Desembargadora GISLENE PINHEIRO - Revisora**  
Acompanho a eminente Relatora.

**O Senhor Desembargador MÁRIO-ZAM BELMIRO -  
Presidente e Vogal**

Peço vista.

### **O Senhor Desembargador MARIO-ZAM BELMIRO - Vogal**

Para melhor análise, pedi vista destes autos. Conheço do recurso, presentes os requisitos legais.

Cuida-se, na origem, de ação por meio da qual a autora persegue provimento jurisdicional para alterar prenome e sexo em seu assentamento civil, alegando, para tanto, padecer de transtorno de gênero (transexualismo).

O MM. Juiz desacolheu a pretensão inaugural sob o fundamento da ausência do requisito fundamental para a alteração no registro civil, ou seja, a cirurgia de redesignação sexual.

Registre-se que a requerente possui vinte anos e narra que, embora seu sexo biológico seja o feminino, “jamais se viu como mulher”<sup>12</sup> e que nos últimos anos iniciou apoio terapêutico, tendo recebido o diagnóstico de transtorno de identidade gênero.

Acrescenta que em 2013 submeteu-se à ablação bilateral das **mamas e tem se sujeito ao uso de hormônios para ressaltar aspectos masculinos em sua aparência externa.**

Prossegue a parte autora e afirma a concordância dos profissionais que a acompanham (ginecologista, psiquiatra e psicóloga) para a realização da cirurgia de transgenitalização, conforme documentos encartados às fls.16/33.

Esses os fatos relevantes para o deslinde da matéria.

A Resolução n° 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina (CFM), autorizou, **ainda a título experimental**, a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia<sup>13</sup> (artigo 2°).

No artigo 4° da mencionada Resolução, ficou determinado como um dos requisitos necessários para a alteração do fenótipo, a idade mínima de vinte e um anos, ainda não completados pela requerente.

Pois bem. Após me deter sobre o tema, ponderando os direitos fundamentais, dentre os quais destaco a dignidade humana e a intimidade, em contraponto com os princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos, sempre sob a bandeira da segurança jurídica, tenho que melhor sorte não aguarda a recorrente.

Embora a moderna medicina admita a viabilidade da cirurgia de transgenitalização, a fim de alterar o fenótipo e como meio de adequar o corpo físico do indivíduo ao seu sexo psíquico, certo é que como todo procedimento cirúrgico há risco de insucesso.

Nesse sentido, inclusive, a justificativa para a autorização da cirurgia apenas a título experimental, pois conforme consta na Resolução n° 1.955/2010 do CFM existem “dificuldades técnicas ainda presentes para a obtenção de bom resultado tanto no aspecto estético como funcional das neofaloplastias,

---

<sup>12</sup> Fl.03.

<sup>13</sup> Redesignação do fenótipo feminino para o masculino.

mesmo nos casos com boa indicação de transformação do fenótipo feminino para masculino”.

Ora, no caso, ainda não ocorreu a neofaloplastia e, portanto, mesmo com as modificações já iniciadas pela autora, como a mastectomia bilateral e o uso de hormônios para ressaltar caracteres masculinos, a genitália permanece com aparência feminina e não é possível inferir dos laudos apresentados a chance de êxito do procedimento.

As opiniões dos médicos e da psicóloga trazidas aos autos referem-se ao diagnóstico de disforia de gênero, sempre sob a tônica da necessidade de adequação do corpo à mente, mas não garantem a exequibilidade do ato, tampouco **seu sucesso**.

Além das condições físicas e psíquicas da parte autora, há outro dado a merecer acurada atenção.

A alteração do prenome e do sexo no registro civil trará de forma inarredável consequências sociais à vida da requerente.

No Brasil há variada diferenciação entre os sexos.

A contagem do tempo de aposentadoria encerra regra diversa para homens e mulheres; há concursos públicos, especialmente aqueles destinados ao preenchimento de vagas em corporações policiais, que preveem a realização de testes de aptidão física com exigências desiguais a depender do gênero; a legislação penal, recentemente alterada pela Lei nº 13.107/2015, acrescentou o feminicídio ao rol dos ilícitos contra a vida; a pessoa do sexo feminino, no caso de privação da liberdade, ficará constringida em estabelecimento prisional diverso do masculino, entre outras.

Também há de se avaliar a repercussão sobre os direitos de terceiros, afinal a parte autora tem plena capacidade e, nos termos da lei<sup>14</sup>, tem direitos e deveres na ordem civil.

Enfim, há um rol de consequências na vida da autora, com repercussão na sociedade, sobre as quais deve o Estado garantir a segurança jurídica, sobretudo com o escopo de prestigiar os direitos e deveres dos indivíduos.

Na esteira desse raciocínio, a cirurgia de redesignação sexual mostra-se imprescindível para a pretendida alteração do prenome e do sexo no assentamento civil da requerente.

Atento para as modificações sociais do cotidiano, o colendo Superior Tribunal de Justiça entendeu que após o implemento da transgenitalização, com a adequação dos genitais à imagem que o indivíduo tem de si, poderá ocorrer a alteração no registro civil. Confira-se:

*DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRANSEXUAL  
SUBMETIDO À CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL.  
ALTERAÇÃO DO PRENOME E DESIGNATIVO DE SEXO.  
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA*

---

<sup>14</sup> Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

HUMANA.

(...)

*A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, **após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual**, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo.*

*Conservar o sexo masculino no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.*

*Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.*

(...)

*E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar.* (grifo nosso)

(REsp 1008398/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 18/11/2009)

REGISTRO PÚBLICO. MUDANÇA DE SEXO. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO. DECISÃO JUDICIAL. AVERBAÇÃO. LIVRO CARTORÁRIO. (...)

*A interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei n. 6.015/73 confere amparo legal para que transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive.* (grifo nosso)

(REsp 737.993/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 18/12/2009)

**Em idêntica trilha, confira-se precedente deste egrégio Tribunal:**

PROCESSO CIVIL, CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO PARA ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA. TRANSEXUAL. MODIFICAÇÃO DE DESIGNATIVO DE SEXO. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE INTERVENÇÃO CIRÚRGICA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. PONDERAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS.

1. Cabe ao juiz, destinatário da prova, decidir a respeito dos elementos necessários à formação do seu convencimento. Havendo informações suficientes para a formação justa e equânime da questão que é posta ao julgador, correta é a sua decisão quando determina o imediato enfrentamento da questão ou, ainda, indefere a inquirição de testemunha desnecessária ao seu deslinde.

2. A ausência de identidade entre o sexo anatômico e o psicológico, denominada transexualidade, reflete-se como fonte de angústia e transtornos para o indivíduo que sofre com a questão da inadequação da sua identidade sexual psicológica e social em relação à identidade sexual morfológica, além da existência notória de discriminação, rejeição do seu fenótipo, frustração e desconforto. Dessa forma, atualmente, os elementos identificadores do sexo não podem ser limitados à conformação da genitália do indivíduo, presente no momento do nascimento, devendo ser consideradas outros fatores, como o psicológico, biológico, cultural e social, para que haja a caracterização sexual.

3. A República Federativa do Brasil possui, entre seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, que consiste no núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo. Representa, pois, o valor supremo que irá informar a criação, a interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa, sobretudo, dos direitos e das garantias fundamentais.

4. A alteração do prenome e do designativo de sexo no registro civil da pessoa transexual apresenta-se como meio de garantir o cumprimento e a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, da personalidade, da intimidade e da saúde. Todavia, **somente o transexual que já se submeteu à intervenção cirúrgica para a mudança de sexo encontra-se amparado legalmente para obter autorização judicial para a alteração do designativo de sexo no registro civil.** Precedentes.

5. Devem-se ponderar os direitos fundamentais, como os da personalidade, da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da saúde, com os princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos, bem como da segurança jurídica. Dessa forma, ainda que haja a demonstração de que o requerente identifica-se com desígnio sexual feminino, somente após a intervenção cirúrgica mostra-se viável a realização da alteração do designativo de sexo no registro civil, em razão da repercussão social da referida alteração.

6. Rejeitou-se a preliminar de cerceamento de defesa e negou-se provimento ao apelo. (grifo nosso)

(Acórdão n. 841303, 20130111630845APC, Relator: FLAVIO ROS-TIROLA,

Revisor: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 17/12/2014, Publicado no DJE: 27/01/2015. Pág.: 395)



**Vale ressaltar, também, lição doutrinária de Marco Aurélio Lopes Ferreira da Silva Schweizer<sup>15</sup> acerca do tema:**

*Não há como se entender qual seria a razão de se chegar ao extremo de se mudar o sexo do transexual em seu registro civil, quando este sequer fez a cirurgia para mudar o seu sexo para ficar com a aparência condizente ao que pretende que passe a constar em seu registro civil, mantendo suas características masculinas ou femininas originais, quando poderia alterá-la cirurgicamente, já que, sendo um transtorno de identidade, muito mais drástico para o transexual é ter em seu corpo as feições físicas que a natureza lhe deu, não condizente com o seu sexo psíquico, do que simplesmente ter um documento com nome e sexo condizente a este.*

**O tema é bastante singelo e com forte reflexo na sociedade, tendo sido reconhecida a sua repercussão geral pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, apesar de até a presente data, segundo o sítio eletrônico daquela egrégia Corte, inexistir pronunciamento definitivo. Reveja-se:**

*DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. REGISTROS PÚBLICOS. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO SEXUAL. UTILIZAÇÃO DO TERMO TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE, ENTRE OUTROS, E A SUA CONVIVÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.*

*(RE 670422 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 11/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 20-11-2014 PUBLIC 21-11- 2014 )*

**Não é à toa que se encontra em trâmite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 70/1995, de autoria do Deputado José Coimbra do PTB/SP, a fim de admitir a mudança do prenome mediante autorização judicial após a intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo original.**

Com essas considerações e mais aquelas constantes da r. sentença, **nego provimento** ao recurso.

É o meu voto.

---

<sup>15</sup> PODE O TRANSEXUAL ALTERAR O SEU NOME E SEXO NO REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS? Revista de Direito Privado. Volume 44. p.137. Outubro/2010.



# DECISÃO

DAR PROVIMENTO. MAIORIA



Poder Judiciário da União  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

VEP  
Vara de Execuções Penais do Distrito Federal

SRTVS, Quadra 701, Bloco N, Lote 08, 2º Andar | CEP 70340-903, Brasília-DF  
(61) 3103 1529 | (61) 3103 1525 (fax)

## DECISÃO

Protocolo: 2490/2017

Interessado: CENTRO DE DETENÇÃO PROVISÓRIA

Objeto: CORTE DE CABELO – PÚBLICO LGBT

Trata-se de consulta feita pelo Diretor do CDP quanto ao tratamento a ser dado especificamente ao corte de cabelo de custodiados do sexo masculino, cuja identidade de gênero seja travesti, uma vez que aquela unidade prisional adota o padrão de corte de cabelo baixo.

Recentemente a SESIPE editou a OS nº 345/2017 por meio da qual disciplinou tratamentos a ser dado a pessoas trans – travestis, transexuais e transgêneros – no âmbito do sistema prisional do DF.

Dentre inúmeros outros regramentos, restou estabelecido no artigo 10 que ***“o interno do sexo biológico masculino que possua caracteres femininos, mas que não tenha realizado cirurgia de transgenitalização, cumprirá sua pena, preferencialmente, em cela separada em penitenciária masculina e será autorizado o uso de sutiã modelo “top”, sem fechos ou estruturas metálicas e alças elásticas, na cor branca, com o propósito de proteger e não deixar expostos seus seios”*** (destaquei).

O parágrafo único traz a ressalva de que, ***“em caso de risco a integridade física do interno ou à segurança da Unidade Prisional, a lotação do interno ficará a cargo da discricionariedade da Direção do Estabelecimento Prisional.”***(destaquei)

Observo, contudo, que não restou estabelecido nenhum regramento a respeito do corte de cabelo relativo ao custodiado que é do sexo biológico masculino, mas que identifica com o gênero feminino, sem, contudo, ter realizado cirurgia de redesignação sexual.

É cediço que, por questões de segurança e de higiene, os homens custodiados no DF, têm os cabelos cortados, o mesmo não ocorrendo em relação às mulheres, pois no caso delas há o fundamento da identidade e da estética, sendo certo que, como ensina a rotina carcerária, a segurança nestes casos não fica fragilizada.

RASF

1

**VEP**

Vara de Execuções Penais do Distrito Federal

SRTVS, Quadra 701, Bloco N, Lote 08, 2º Andar | CEP 70340-903, Brasília-DF  
(61) 3103 1529 | (61) 3103 1525 (fax)

Ora, a OS acima mencionada foi editada com intuito de garantir tratamento igualitário para pessoas trans no âmbito do sistema prisional.

É certo que a OS 345/2017 prevê que a custodiada que não fez cirurgia de redesignação sexual não pode ser alocada em presídio destinado a mulheres, com as quais se identifica. Contudo, tal fato não pode ser impeditivo de que tenha o mesmo tratamento reservado a elas quanto ao corte de cabelo, sob pena de se deixar de reconhecer a própria identidade de gênero ou de não se dar tratamento digno.

Embora o cabelo não apresente importância maior para a pessoa presa, cuja preocupação óbvia deverá ser com sua defesa na respectiva ação penal a que responde, tem valor indiscutível como ornamento pessoal.

Os cabelos compõem a moldura do rosto e significam, para a imensa maioria das mulheres, mulheres trans e travestis, uma das formas de empoderamento, aptos a demarcar suas individualidades ou características de ousadia, juventude, liberdade, sedução, poder, dentre outros predicados, tornando-se ingrediente fundamental de sua identidade.

Destarte, se a própria OS 345/2017 da SESIPE foi editada com intuito de respeitar a identidade de gênero para inclusão do público LBGTI – e por isso deve ser louvada - e, embora silente quanto ao corte de cabelo, não vejo como não se admitir que se dê a elas o mesmo tratamento dado para as mulheres que estão alocadas na PFDF, apesar de estarem alocadas em presídio masculino.

É que, na própria Ordem há previsão para que sejam alocadas em celas separadas, com uso autorizado de sutiã sem fechos ou estruturas metálicas.

A propósito do tema, trago a colação a frase de Simone de Beauvoir segundo a qual ***“ninguém nasce mulher: torna-se mulher”*** (1967, p.09), porque captura a essência da identidade de gênero, do processo histórico, cultural e social que resulta em se identificar como homem ou mulher. (destaquei).

Assim, considerando que este Juízo prima por dar tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais na medida de suas igualdades e desigualdades e, tendo por norte o disposto no inciso XII do artigo 41 da LEP, segundo o qual constitui-se direito da pessoa presa a ***“igualdade de tratamento, salvo quanto a exigência da individualização da pena”***, **AUTORIZO a direção do CDP A NÃO**



**TJDFT**

Poder Judiciário da União  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

**VEP**

Vara de Execuções Penais do Distrito Federal

SRTVS, Quadra 701, Bloco N, Lote 08, 2º Andar | CEP 70340-903, Brasília-DF  
(61) 3103 1529 | (61) 3103 1525 (fax)

**SUBMETTER A CORTE DE CABELO IMPOSTO AOS CUSTODIADOS DO SEXO MASCULINO, AS INTERNAS DO SEXO BIOLÓGICO MASCULINO, QUE DECLAREM IDENTIDADE DE GÊNERO FEMININA E, NA DATA DO RECOLHIMENTO JÁ APRESENTEM CABELOS NATURAIS LONGOS E NÃO TENHAM REALIZADO CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL.**

Ressalvo que, por questões de segurança, **OS APLIQUES, SEJAM DE CABELO NATURAL OU ARTIFICIAL, DEVEM SER RETIRADOS.**

Comunique-se o CDP, a SESIPE, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

**CONFIRO FORÇA DE OFÍCIO À PRESENTE**

**DECISÃO.**

Brasília, 29 de setembro de 2017

**LEILA CURY**  
Juíza de Direito



Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios  
PJe - Processo Judicial Eletrônico

Número: 0718852-21.2017.8.07.0016

Classe: PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

Órgão julgador: 4º Juizado Especial Cível de Brasília

Última distribuição : 05/06/2017

Valor da causa: R\$ 100,00

Assuntos: Obrigação de Fazer / Não Fazer

Segredo de justiça? NÃO

Justiça gratuita? NÃO

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? SIM

03/10/2017

| Partes                        |                     |  |         |
|-------------------------------|---------------------|--|---------|
| Procurador/Terceiro vinculado |                     | ROBERTO CASALI JUNIOR (AUTOR)  |         |
| ROBERTO CASALI JUNIOR (AUTOR) |                     | CARLOS MAGNO ZUQUI LISBOA (ADVOGADO) AUGUSTO CESAR ZUQUI LISBOA (ADVOGADO) |         |
| R2 PRODUÇÕES (RÉU)            |                     | R2 PRODUÇÕES (RÉU)   |         |
| Documentos                    |                     |  |         |
| Id.                           | Data da Assinatura  | Documento  | Tipo    |
| 74169<br>20                   | 06/06/2017<br>13:20 | Decisão  | Decisão |
|                               |                     |  |         |



Poder Judiciário da União  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS  
**CEJUSC**  
CEJUSC-JEC-BSB

Número do processo: 0718852-21.2017.8.07.0016  
Classe: PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL (436) AUTOR: ROBERTO CASALI JUNIOR  
RÉU: R2 PRODUÇÕES

### **DECISÃO INTERLOCUTÓRIA**

Cuida-se de pedido de liminar formulado por ROBERTO CASALI JUNIOR em face de R2 PRODUÇÕES alegando ilegalidade na diferenciação de preço para evento com base no gênero do consumidor.

Pede seja reconhecido o direito de pagar o mesmo valor do ingresso feminino, inferior ao valor do ingresso masculino. Fundamenta sua pretensão no princípio da igualdade e nas disposições do Código de Defesa do Consumidor, que veda distinções entre consumidores para a aquisição do mesmo serviço.

É a síntese da demanda. Passo a decidir.

Não há dúvida de que a diferenciação de preço com base exclusivamente no gênero do consumidor não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio. Ao contrário, o Código de Defesa do Consumidor é bastante claro ao estabelecer o direito à “igualdade nas contratações”.

Nessa linha, o Código de Defesa do Consumidor prevê a nulidade de cláusulas discriminatórias. E isso ocorre quando a legislação estabelece que são nulas, de pleno direito, as cláusulas contratuais que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, IV); que violem os princípios fundamentais do sistema jurídico (art. 51, IV, § 1o, I); assim como, quando declara nula a cláusula estabelecida em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor.

Incontroverso que as pessoas são livres para contratarem, mas essa autonomia da vontade não pode servir de escudo para justificar práticas abusivas. Não se trata de um salvo conduto para o estabelecimento de quaisquer critérios para a diferenciação de preços. Com base nesse raciocínio, não é possível cobrar mais caro de um idoso ou de estrangeiros, por exemplo. Nessa situações o abuso seria flagrante e sequer haveria maiores discussões.

Ocorre que no caso das mulheres a situação é ainda mais delicada, já que uma prática repetida há tanto tempo pode traduzir uma (falsa) aparência de regularidade, de conformidade. No entanto, felizmente, o tempo não tem o condão de convalidar nulidades de tal porte. Não é “porque sempre foi assim” que a prática discriminatória haverá de receber a chancela do Poder Judiciário, pois o mau costume não é fonte do direito. De forma alguma.

Ora, é incontestável que, independentemente de ser homem ou mulher, o consumidor, como sujeito de direitos, deve receber tratamento isonômico. Deste modo, a partir do momento em que o fornecedor faz a oferta de um produto ou de um serviço, deve oferecê-lo a homens e mulheres de maneira igualitária, nas mesmas condições, salvo a existência de justa causa a lastrear a cobrança diferenciada com base no gênero.

Fato é que não pode o empresário-fornecedor usar a mulher como “insumo” para a atividade econômica, servindo como “isca” para atrair clientes do sexo masculino para seu estabelecimento. Admitir-se tal prática afronta, *de per si*, a dignidade das mulheres, ainda que de forma sutil, velada. Essa intenção oculta, que pode travestir-se de pseudo-homenagem, prestígio ou privilégio, evidentemente, não se consubstancia em justa causa para o *discrímen*. Pelo contrário, ter-se-á ato ilícito.

Feitas essas considerações, passo a analisar o pedido liminar formulado na inicial.

Em que pese a flagrante ilegalidade da cobrança discriminatória, não é possível estabelecer, em sede de liminar, o valor para cobrança dos ingressos de todos os consumidores. Isso porque, uma vez afastada a cláusula discriminatória, caberá ao empresário-fornecedor refazer a composição dos preços dos ingressos, de forma a fixar o mesmo valor para todos, independentemente do gênero do consumidor.

Ademais, como se trata de questão pecuniária, é perfeitamente possível que se aguarde a fase de conciliação e, se necessário, a instrução processual, momento em que será possível avaliar planilhas de custos, margem de lucro e demais questões relacionadas à política de preços, de forma a adequá-la à legislação consumerista. A simples redução dos preços dos ingressos masculinos poderia gerar desequilíbrio econômico não desejável, em afronta ao princípio da livre iniciativa.

Por tudo isso, o pedido formulado pela parte autora em sede de tutela de urgência não demonstra perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. A urgência alegada pela parte requerente não chega a impor que não se possa aguardar a realização da audiência de conciliação e, se for o caso, o contraditório e a instrução processual.

Por tais razões, indefiro a tutela de urgência.

Encaminhe-se cópia da presente decisão para a Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor para que apure a prática abusiva e, se for o caso, promova ação coletiva.

Cite(m)-se e intimem-se com as advertências da lei.

BRASÍLIA – DF

6 de junho de 2017, às 13:04:44.

CAROLINE SANTOS LIMA Juíza de Direito Substituta



**AÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO)**

**Nº 5023160-40.2012.404.7100/RS**

**AUTOR: KELLY DA COSTA MACHADO**

**ADVOGADO: KAREN DA COSTA MACHADO**

**RÉU:FRED DE FARIA SANTOS SILVA**

**:CESAR LUIS DE MELO**

**:JAYME TAVARES ALVES FILHO**

**MPF:UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO**

**: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

## **SENTENÇA**

**KELLY DA COSTA MACHADO** ajuizou ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, contra a **UNIÃO, CESAR LUIS DE MELO** e **JAYME TAVARES ALVES FILHO**, postulando provimento jurisdicional que (I) reconheça “o direito ao pagamento do Ajuste de Contas e à reintegração como adido, com percepção do soldo, para tratamento médico até sua cura ou estabilização do quadro” e (II) condene os réus ao pagamento de indenização por danos morais, em valor sugerido não inferior a duzentos salários mínimos.

Historiou a autora que ingressou na Marinha do Brasil em janeiro de 2009 por meio de processo seletivo, “sendo aprovada para ocupar a única vaga existente para profissionais pedagogos, na situação de Guarda Marinha”. Referiu que por ocasião do seu ingresso foi submetida a rigorosos exames clínicos, tendo sido declarada apta, em razão de gozar de boa saúde. Disse que concluiu com excelente aproveitamento a primeira fase do Estágio da Reserva de

2ª Classe da Marinha, em Rio Grande/RS, passando a servir na Delegação da Capitania dos Portos em Porto Alegre/RS, onde sempre se destacou “por sua conduta profissional, responsável, exemplar, recebendo inúmeros elogios na condução do EPM (Ensino Profissional Marítimo)”.

Relatou que foi submetida a perseguições e coações durante o período em que prestou serviço na Marinha por parte dos réus Jayme Tavares Alves Filho e Cesar Luis de Melo, constituindo verdadeiro assédio moral. Afirmou que detinha temor hierárquico em relação aos réus, sendo que o “CT Cesar Luis de Melo usava de forma desproporcional a autoridade que detinha, por ser mais antigo do que a declarante, e, embora não fosse da mesma divisão e nem a autora subordinada a ele, costumava sempre pressioná-la, imputando infundadamente erros, usando o fato de que seus serviços tinham uma interligação, fazendo com que a autora, por diversas vezes, fosse para casa em estado emocional abalado, chorando. Em certas ocasiões, o CT Cesar Luis de Melo, após perseguir e pressionar a autora, a convidava para ‘sair’”. Disse que o referido réu a chamou de “chuchuquinha”, postura que considera inadmissível para qualquer pessoa em ambiente de serviço, o que a deixou extremamente constrangida. Por sua vez, o réu Jayme Tavares Alves Filho teria a chamado de “galinha dos ovos de ouro”. De acordo com o relato da inicial,

a autora demonstrava descontentamento com as “brincadeiras”, deixando claro que não as acolhia, mas que o réu Cesar Melo limitava-se a rir. Narrou que, em 06 de janeiro de 2012, sexta-feira, recebeu determinação do Delegado da Capitania dos Portos em Porto Alegre, CF Jayme Tavares Alves Filho, para que entregasse um documento a um Comandante, registrando que tal determinação fora também dada ao supervisor do dia, Sgt. Ferraz. Referiu que a entrega seria às 18h30min, duas horas após o término do expediente. Ocorre que a autora havia marcado de se encontrar com seu ex-noivo justamente ao final da tarde, para resolver problemas privados. Percebendo o nervosismo da autora em razão da colisão de horários, o Sgt. Ferraz disse-lhe que poderia ir para casa, pois faria ele próprio a entrega do referido documento. Narrou a autora que se retirou e que foi para casa, mas logo recebeu ligação do CF Jayme, que lhe indagou sobre o cumprimento da tarefa, ao que a autora respondeu, após contato com o Sgt. Ferraz, que a tarefa fora cumprida com êxito, enquanto ela havia ido à padaria, tudo por temor hierárquico.

Historiou que, no dia seguinte, dirigiu-se à sala do Delegado e que foi surpreendida com *“uma verdadeira audiência de julgamento”*. Diante de quatro pessoas, disse a autora que foi colocada em situação vexatória, sendo exibida pelo Delegado filmagem que mostrava que a autora não havia ido à padaria, mas sim para casa. Relatou que, *“já psiquicamente abalada, com incomensurável vergonha de ser exposta da forma como o foi, reconheceu seu erro, mas argumentou que não agiu de má-fé e não causou prejuízo algum, bem como explicou que estava apreensiva e ansiosa em virtude da conversa que marcara com seu ex-noivo justamente para o final daquela tarde”*. Ainda assim, em desrespeito ao devido processo legal, a autora referiu ter sido imediatamente punida com prisão simples de três dias, demonstrando o Delegado CF Jayme Tavares Alves Filho postura arrogante, com abuso de poder. No mesmo momento, foi informada de que seu tempo de Oficial não seria renovado e que entraria em férias após a sua soltura.

Afirmou que não recebeu antecipadamente as férias e que somente depois de presa conseguiu apresentar sua defesa escrita. Registrou que *“o Delegado Jayme, sabedor de que a punição fora aplicada de forma indevida, mandou fossem simplesmente apagados os registros de que a autora estava, entre o período de 09 a 11/01, presa na Delegacia”*. Em síntese, entendeu a autora que o réu Jayme aguardou uma oportunidade para puni-la e encerrar seu tempo de serviço, em clara perseguição, porquanto seu trabalho sempre foi de qualidade. Sustentou que, mesmo diante do seu quadro clínico, que inspirava cuidados, foi desligada em fevereiro de 2012, data em que foi considerada *“apta para deixar o SMV”*. Referiu que seu ajuste final de contas não foi pago quando da sua saída, tendo apenas recebido informação de que seria pago em maio. Aduziu que foi excluída da Marinha quando estava incapaz, o que interrompeu seu processo de recuperação da doença psiquiátrica decorrente de todo o quadro de perseguições e constrangimento e cancelou abruptamente sua renda.

Juntou documentos (*evento 1*).

O pedido de antecipação de tutela foi deferido, “*para determinar - até que se prolate a sentença - a reintegração da parte autora às fileiras da Marinha, com o pagamento de soldo, para continuidade de tratamento de saúde*” (evento 4).

A autora emendou a inicial, para incluir o pedido de anulação da prisão simples, “*com determinação à Marinha de exclusão de quaisquer referências a essa punição, nos assentamentos da autora e, em decorrência, a anulação do licenciamento, quer ter sido determinado em punição dupla e decorrente de punição ilegal, quer ter sido determinado mesmo diante de situação de incapacidade*” (evento 5).

A autora opôs embargos de declaração contra a decisão liminar, que foram rejeitados (evento 14).

(evento 137).

A União interpôs agravo de instrumento, que foi desprovido

Foi esclarecido à ré que a reintegração da autora era para fins de tratamento de saúde, ocasião em que foi determinada a realização de prova oral e pericial (evento 22).

Citados, os réus contestaram a ação, todos representados pela Advocacia-Geral da União.

Jayme Tavares Alves Filho e Cesar Luis de Melo alegaram que (a) a autora era militar temporária, cujo contrato poderia ser renovado ou não anualmente, no interesse da Administração; (b) até janeiro de 2010, a autora nunca teve qualquer ocorrência relacionada a licenças médicas para tratamento de saúde, física ou emocional; (c) o resultado da inspeção médica por ocasião do licenciamento apontou que a autora possuía *stress*, doença sem relação de causa e efeito com o serviço; (d) o *stress* foi ocasionado pela punição seguida do licenciamento, e não pelo seu trabalho ao longo dos três anos em que serviu na Marinha; (e) a autora cometeu duas transgressões disciplinares, pois faltou com a verdade e foi negligente na execução do serviço que lhe foi pessoalmente confiado; (f) a autora nunca foi assediada moralmente, por quem quer que seja, tendo sido sempre tratada com cortesia e educação; (g) os réus possuem uma carreira militar exemplar; (h) não há qualquer registro de elogios nos assentamentos funcionais da autora; (i) é incabível o pedido de indenização de forma cumulada contra o ente público e os servidores públicos, sendo juridicamente impossível; (j) não estão presentes os requisitos da responsabilidade civil; (k) o réu Cesar nunca foi encarregado ou supervisor direto da autora, não exercendo sobre ela qualquer forma de controle; (l) acaso procedente o pedido de indenização por danos morais, o valor eventualmente fixado de acordo com parâmetros razoáveis (evento 26).

A União, por sua vez, aduziu que (a) a autora foi licenciada por conclusão do tempo de serviço que prorrogara em janeiro de 2011; (b) as promoções da autora durante a prestação do serviço militar na Marinha “*não foram excepcionais*”, pois a “*progressão na carreira, com sucessivas promoções até o posto de Primeiro-Tenente para Oficiais temporários é algo rotineiro, que, normalmente, acontece com todos*”; (c) não há elogios registrados nos assentamentos funcionais da autora; (d) o desempenho profissional da autora foi insatis-

fatório ao final do segundo semestre de 2011; (e) a prorrogação do serviço militar é ato discricionário do Administrador; (f) a própria autora admitiu que errou ao não cumprir a determinação que lhe foi dirigida, sendo que, “à vista das imagens produzidas, não seriam necessárias maiores formalidades para julgamento e imposição da penalidade disciplinar”; (g) não houve desrespeito ao devido processo legal; (h) os problemas psicológicos narrados pela autora têm relação com a sua vida privada, não decorrendo de qualquer evento havido na Marinha; (i) foram legítimos os atos praticados pelas autoridades superiores; (j) a junta médica que se reuniu previamente ao licenciamento da autora concluiu que as patologias não tinham relação de causa e efeito com o serviço e que não a incapacitavam para o licenciamento do serviço ativo; (k) não há demonstrações de perseguições ou de assédio moral, tanto que a autora nunca registrou qualquer reclamação; (l) não há prova de qualquer ato ilícito praticado por agente público na Delegacia da Capitania dos Portos em Porto Alegre; (m) não há qualquer incapacidade a justificar reintegração da autora para tratamento médico; (n) o pedido de pagamento de diferenças salariais decorrentes do desligamento é contraditório com o pedido de reintegração; (o) é descabido o pedido de anulação da punição disciplinar; (p) não há prova de despesas com tratamento médico; (q) não há dano moral a ser indenizado (*evento 35*).

A autora ofertou réplica (*evento 54*).

Realizou-se audiência de instrução, para oitiva de testemunhas e depoimento pessoal da parte autora (*eventos 111 a 122 e 234*).

Foi realizada perícia médica (*eventos 153 e 170*).

As partes apresentaram memoriais (*eventos 236 e 239*). Os autos foram conclusos para sentença.

Encerrada a instrução, a União depositou em Secretaria um DVD com imagens, requerendo sua conversão e juntada aos autos, conforme petição do *evento 241* e certidão do *evento 242*.

**É o relatório. Passo a decidir.**

### **1. Juntada de DVD depositado em Secretaria**

Preliminarmente, indefiro a juntada aos autos do DVD depositado em Secretaria. A um, porque juntado aos autos após mais de quatro meses da conclusão para sentença, estando a instrução encerrada; a dois, porque não se trata de documento novo, nos termos do art. 397 do CPC, já que a gravação é antiga, feita nas dependências da própria Administração Militar, sendo de pleno conhecimento da ré; a três, porque pretende provar fato incontroverso.

Assim, determino seja o DVD mantido armazenado em Secretaria e restituído à ré União.

Discute-se, nesta ação ordinária, o direito da parte autora à reintegração à Marinha para tratamento médico, com pagamento dos atrasados, e à indenização por danos morais decorrentes de assédio moral no serviço público. Além disso, postula a autora o pagamento de ajuste de contas, pleiteando o pagamento das verbas que não foram pagas por ocasião de seu licenciamento. Em emenda à

inicial, a autora requereu o reconhecimento da nulidade da punição disciplinar que recebeu, por afronta ao contraditório e à ampla defesa.

Três ordens de questões devem ser, portanto, analisadas: (a) se foi legal o licenciamento por término de serviço militar temporário ou se a autora deve ser reintegrada para tratamento médico até recuperar sua plena saúde; (b) se foi legal a pena de prisão simples aplicada antes do seu licenciamento; (c) se a autora sofreu perseguições e assédio moral indenizável por parte dos réus pessoas físicas.

### ***indicados***

#### ***2. Legitimidade passiva da União e dos agentes públicos***

Feito esse breve relato, cumpre mencionar que apenas o pedido mencionado na letra “c” é dirigido a todos os réus, porquanto os demais somente podem ser voltados contra a União, pois relativos à situação funcional da autora, ex-servidora da Marinha do Brasil. Não há qualquer ilegitimidade de partes a ser reconhecida, uma vez que a própria inicial formula os pedidos de forma clara e precisa, restando evidenciado que apenas os danos morais são requeridos em relação, também, aos réus pessoas físicas.

Além disso, embora não tenha sido arguida formalmente preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, tais réus, agentes públicos que teriam pessoalmente praticado os atos alegadamente ensejadores de danos morais, referem na sua contestação que o pedido de indenização por danos morais só poderia ser endereçado à União, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República. À União, acaso condenada, seria garantido o direito de regresso, no caso de dolo ou culpa.

Assento, desde logo, a possibilidade de a autora pleitear indenização por danos morais tanto contra a União, quanto contra os servidores que praticaram os atos danosos. A Constituição não impede que se ajuíze ação de reparação contra o causador direto do dano. Apenas permite que se demande a pessoa jurídica de direito público à qual vinculada o agente público, que terá maiores condições econômicas de suportar eventual condenação. Além disso, demandando contra a Administração, o particular lesado tem a seu favor a responsabilidade objetiva, não necessitando demonstrar dolo ou culpa. Nada impede, porém, em respeito ao direito de ação (art. 5º, XXXV, CF), que demande contra o servidor, desde que fundamentada a pretensão em responsabilidade subjetiva.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem concluído pela faculdade de o lesado ajuizar a ação contra a Administração, o agente público ou ambos:

*RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA PUBLICADA ERRONEAMENTE. CONDENAÇÃO DO ESTADO A MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA EM FACE DA SERVENTUÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. DANO MORAL. PROCURADOR DO ESTADO. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. APLICAÇÃO, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS. BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO.*

1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de

*buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração.*

2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação

*diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. Se, por um lado, o particular abre mão do sistema de responsabilidade objetiva do Estado, por outro também não se sujeita ao regime de precatórios. Doutrina e precedentes do STF e do STJ.*

(...)

(REsp 1325862/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 10/12/2013) - grifei

RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. ALEGAÇÃO DE ATO ILÍCITO PRATICADO POR AGENTE PÚBLICO ESTADUAL. É FACULDADE DO AUTOR PROMOVER A DEMANDA EM FACE DO SERVIDOR, DO ESTADO OU DE AMBOS, NO LIVRE EXERCÍCIO DO SEU DIREITO DE AÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA AFASTAR A ILEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE.

(REsp 731746/SE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 04/05/2009)

A doutrina segue o mesmo caminho, conforme lição de Celso

Antonio Bandeira de Mello:

*“Estamos em que o vitimado é quem deve decidir se aciona apenas o Estado, se aciona conjuntamente a ambos, ou se aciona unicamente o agente. Com efeito, não se pode extrair do dispositivo constitucional em pauta alguma impossibilidade do lesado voltar-se, ele próprio, contra o agente, pelas razões abaixo aduzidas.*

*Todo sujeito de direito capaz é responsável pelos próprios atos. Assim, aquele que desatende às obrigações que contraiu ou os deveres a que estava legalmente adstrito sofrerá a conseqüente responsabilização. Atua ilicitamente quem viola direito a causa dano a outrem.*

[...]

*A fim de que os administrados desfrutassem de proteção mais completa ante comportamentos danosos ocorridos no transcurso de atividade pública - e não a fim de proteger os funcionários contra demandas promovidas pelos lesados - é que se instaurou o princípio geral da responsabilidade do Estado. Ou seja: a difusão e acatamento, nos vários países, da tese da responsabilidade estatal objetivou e significa tão-só a ampliação das garantias de indenização em favor dos lesados. Nada traz consigo em favor do funcionário, e muito menos em restrição ao administrado em seu direito de demandar contra quem lhe tenha causado dano.*

*Em suma: a exposição de um patrimônio sempre solvente, como o é o do Estado, e bem assim a abertura de campo mais largo à responsabilização, nada tem a ver com qualquer propósito de colocar os funcionários públicos a salvo de ações contra eles intentáveis pelos agravados patrimonialmente em decorrência de atos contrários ao direito.*

[...]

*De resto, entendimento contrário ao que esposamos, sobre não trazer em seu abono qualquer interesse público que o justifique, acarreta, pelo contrário, consequência antinômica a ele. É que o Poder Público dificilmente moverá a ação regressiva, como, aliás, os fatos o comprovam de sobejo.” (Curso de Direito Administrativo. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 1033/1040)*

Sendo assim, é de se reconhecer juridicamente possível o ajuizamento da ação contra a União e os dois agentes públicos que teriam causado os danos morais. Diferenciam-se, porém, as responsabilidades, pois a responsabilidade dos agentes públicos é subjetiva, ao passo que a da União possui natureza objetiva.

Passo à análise do mérito propriamente dito.

### **3. Reintegração para tratamento médico**

Quanto ao ponto, a autora foi reintegrada liminarmente para tratamento de saúde, nos seguintes termos, verbis:

*“O artigo 273, inciso I, do Código de Processo Civil tem como pressupostos concorrentes à concessão da tutela antecipada, além da existência da prova inequívoca da verossimilhança das alegações, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação quanto ao direito invocado.*

*Referido dispositivo consagra uma das hipóteses de tutela de urgência, a qual exsurge quando numa dada situação fática, sob fundado risco de dano submete-se o direito alegado pela parte autora, caso não possa fruí-lo imediatamente.*

*No caso dos autos, além do evidente periculum in mora que se extrai das alegações da inicial, cristalizado, entre outros aspectos, na indisponibilidade do direito em discussão, resta demonstrada a verossimilhança necessária ao acatamento do seu pedido liminar.*

*A jurisprudência do Egrégio TRF da 4ª Região a possibilidade de se reintegrar o ex-militar às forças armadas para a conclusão de tratamento de*



saúde e posterior reforma, desde que surgida a doença no decorrer do serviço prestado, seja em decorrência dele ou não.

Neste sentido, o aresto que segue, verbis:

*ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE MILITAR. TUTELA ANTECIPADA. - Tutela antecipada concedida para reintegrar o autor aos quadros do Exército Brasileiro, também para os fins do tratamento médico adequado, tendo em vista a inspeção médica atestando a existência de doença que o incapacita definitivamente para o serviço militar. Lesividade caracterizada, dado o caráter alimentar da contraprestação devida, aliada à hipossuficiência do promovente (AG n.º 200304010323315/RS, DJ:24/12/03, p.29, Rel.: Amaury Chaves de Athayde).*

*Pelo que se depreende da comunicação interna juntada com a inicial (evento 1, OUT24), datada de 08-02-12, a própria Marinha atestou que a autora, quando do licenciamento, portava depressão (CID F32).*

*Além disso, consta nos autos laudo firmado pelo psicólogo José Origuella (ATESTMED3), em 19-04-2012, afirmando:*

*'a paciente apresenta quadro típico de Depressão (F32 - CID 10) que segue a uma Reação Aguda a Estresse (F43.0). Necessita de tratamento psiquiátrico, medicamentoso e psicoterápico, por período indeterminado, no momento...'*

*Essas circunstâncias, por si só, autorizam a reintegração da parte requerente para continuidade de tratamento médico, razão pela qual, é de se deferir, ao menos por ora, o pedido de antecipação de tutela.*

*Ante o exposto, DEFIRO o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, para determinar - até que se prolate a sentença - a reintegração da parte autora às fileiras da Marinha, com o pagamento de soldo, para continuidade de tratamento de saúde."*

De fato, ao que dos autos consta, a autora estava acometida de doença psiquiátrica quando foi desligada da Marinha, quadro que persiste até hoje. É inegável que a doença psiquiátrica decorreu dos últimos dias de serviço da autora, notadamente da punição aplicada, como admite a própria União. Antes de tais fatos, a autora, embora envolvida em problemas pessoais decorrentes de término de relacionamento afetivo, não apresentava maiores problemas, como indica a prova testemunhal. O perito, por sua vez, afirmou que "a autora, no momento, do ponto de vista psiquiátrico, apresenta patologia incapacitante temporariamente por mais 1 ano, desde que inicie atendimento em psicoterapia e manejo de psicofármacos. Há incapacidade total e temporária desde 01/2012. Observar as recomendações e comentários do item 13 do laudo", bem como que "os dados disponíveis sugerem que a autora começou a apresentar as patologias citadas no laudo desde 01/2012. F32.11 - Episódio depressivo moderado com sintomas somáticos e F41.9 - Transtorno de Ansiedade, não especificado" (evento 153).



Como a autora foi efetivamente desligada da Marinha em fevereiro de 2012, conclui-se que a doença eclodiu durante a prestação do serviço militar. Tanto é assim que a própria junta médica considerou a autora “*apta para deixar o SMV, sendo no entanto portadora de CID-X F32, doença sem relação de causa e efeito com o serviço*” (evento 35, OFIC3). Conforme esclarecido na decisão que deferiu o pedido de liminar, não importa se a doença possui relação de causa e efeito com o serviço militar, desde que surgida no seu decorrer. Evidenciado, assim, que a União não poderia ter licenciado a autora do serviço ativo sem prestar o devido tratamento.

Assim, procede o pedido de reintegração para tratamento médico, na condição de agregado, a fim de concluir o tratamento médico (art. 82, II, da Lei n.º 6.880/80). Nesse sentido:

*ADMINISTRATIVO. MILITAR. DOENÇA ADQUIRIDA DURANTE CASERNA. REINTEGRAÇÃO COMO ADIDO - POSSIBILIDADE. TUTELA ANTECIPADA - REQUISITOS. 1. Se o autor adquiriu doença durante período de caserna, faz ele jus à reintegração como adido, independentemente da sua capacidade laborativa, para receber tratamento médico adequado até sua cura ou posterior reforma. 2. Presente a conjugação dos legais pressupostos a tanto, impõe-se a concessão de tutela antecipada para a reintegração de militar como adido para recebimento de tratamento médico, não se subsumindo, a pretensão, àquelas hipóteses que vedam o trato antecipatório em face da Fazenda Pública. (TRF4, APELREEX 2005.71.03.001122-1, Terceira Turma, Relatora Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 10/12/2008)*

A União deverá, ainda, pagar a remuneração da autora, devida desde a data de seu ilegal licenciamento. Ficam autorizados os descontos obrigatórios incidentes sobre a remuneração dos militares (art. 15 da MP

2.131/01).

Em sendo assim, fica prejudicado o pedido de pagamento do *ajuste de contas*, pois anulado o licenciamento da autora, nada sendo devido a tal título, já que as diferenças são cabíveis por força deste provimento condenatório.

#### **4. Anulação da pena disciplinar**

Em emenda à inicial, a autora requereu a anulação da pena disciplinar que lhe foi imposta (prisão simples), por violação ao contraditório e à ampla defesa.

É incontroverso que a penalidade foi imediatamente aplicada, tão logo exibida a filmagem que dava conta do descumprimento da tarefa confiada à autora. Quanto ao ponto, refere a contestação da União que “*à vista das imagens produzidas, não seriam necessárias maiores formalidades para julgamento e imposição da penalidade disciplinar*”. Ora, a Constituição não faz distinção entre infrações evidentes ou não evidentes, sendo expressa no sentido de que “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*” (art. 5º, LV) e que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*” (art. 5º, LIV). Não se pode admitir, portanto, que direitos fundamentais sejam considerados

meras “formalidades”. A observância a tais preceitos é obrigatória, inclusive na seara militar. Nesse sentido:

*MILITAR. ANULAÇÃO DE PUNIÇÃO DISCIPLINAR. INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE QUE A APLICOU. DANOS MORAIS. FIXAÇÃO DO VALOR. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO A QUO. O processo administrativo militar, após o advento da CF-88, passou a ter todas as garantias previstas para o processo judicial, portanto, respeitando os princípios da legalidade e do devido processo legal. Inexistente qualquer ilegalidade nos procedimentos que resultaram nas duas primeiras punições do autor. A penalidade de prisão disciplinar restou anulada judicialmente, em razão da existência de vício de incompetência da autoridade que a aplicou. Tal vício decorre da violação ao disposto no art. 18, I, da Lei nº 9.784/99, tendo em vista a falta de imparcialidade do julgador, o que acarreta a nulidade do procedimento sancionatório. Tendo o autor permanecido preso indevidamente por cinco dias, à vista da ilegalidade do processo administrativo instaurado pelo Exército, resta configurada a obrigação da União de reparação dos danos morais causados. Indenização fixada em conformidade com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Em indenizações por dano moral, os juros moratórios incidem a contar da data do evento danoso. Correção monetária a partir da fixação da indenização. (TRF4, AC 2006.71.00.015555-5, Quarta Turma, Relator Márcio Antônio Rocha, D.E. 27/07/2009)*

*CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MILITAR PENALIDADE APLICADA INDEVIDAMENTE. Verificando-se que a punição aplicada a militar foi indevida, onde, no caso, não houve nem ao menos a observância do devido processo legal, causando-lhe transtornos no âmbito laboral, impõe-se a exclusão da pena das folhas funcionais do militar e o pagamento de indenização por danos morais. (TRF4, AC 2004.71.02.005733-5, Terceira Turma, Relator Roger Raupp Rios, D.E. 16/12/2009)*

Neste sentido, a propósito, a disciplina regulamentar militar, aplicável à Marinha, dispõe, quanto à imposição das penalidades:

#### “DAS NORMAS PARA IMPOSIÇÃO

*Art. 26 - Nenhuma pena será imposta sem ser ouvido o contraventor e serem devidamente apurados os fatos.*

*§ 1º - Normalmente, a pena deverá ser imposta dentro do prazo de 48 horas, contados do momento em que a contravenção chegou ao conhecimento da autoridade que tiver que impô-la.*

*§ 2º - Quando houver necessidade de maiores esclarecimentos sobre a contravenção, a autoridade mandará proceder a sindicância ou, se houver indício de crime, a inquérito, de acordo com as normas e prazos legais.*

*§ 3º - Durante o período de sindicância de que trata o parágrafo anterior, o contraventor poderá ficar impedido de ausentar-se de Organização Militar ou de qualquer outro local que lhe seja determinado.*

§ 4º - Os presos para averiguações podem ser mantidos incomunicáveis, não devendo comparecer a exercícios ou fainas, nem fazer serviço algum. A cessação da incomunicabilidade depende da ultimação das averiguações a serem processadas com a maior urgência. A incomunicabilidade não excederá três (3) dias.

§ 5º - Nenhum contraventor será interrogado em estado de embriaguez, devendo, nesse caso, ser recolhido a prisão fechada, em benefício da manutenção da ordem ou da sua própria segurança.

§ 6º - O Oficial que lançou a contravenção disciplinar em Livro de Registro de Contravenções deverá dar conhecimento dos seus termos à referida Praça, antes do julgamento da mesma.

Art. 27 - A autoridade julgará com imparcialidade e isenção de ânimo a gravidade da contravenção, sem condescendência ou rigor excessivo, levando em conta as circunstâncias justificativas ou atenuantes, em face das disposições deste Regulamento e tendo sempre em vista os acontecimentos e a situação pessoal do contraventor.

Art. 28 - Toda pena disciplinar, exceto repreensão verbal, será imposta na forma abaixo:

a) para Oficiais e Suboficiais: mediante Ordem-de-Serviço que contenha resumo do histórico da falta, seu enquadramento neste Regulamento, as circunstâncias atenuantes ou agravantes e a pena imposta; e

b) para Sargentos e demais Praças: mediante lançamento nos respectivos Livros de Registro de Contravenções, onde constará o histórico da falta, seu enquadramento neste Regulamento, as circunstâncias atenuantes ou agravantes e a pena imposta.

Art. 29 - Quando o contraventor houver cometido contravenções simultâneas mas não correlatas, ser-lhe-ão impostas penas separadamente.”

Assim, sem adentrar no cabimento ou não da prisão em razão das faltas imputadas à demandante, deve ser anulada a pena de prisão simples, por desrespeito ao devido processo legal, tendo em vista que a autora cumpriu a pena antes mesmo de exercer seu direito de defesa. Deve a União excluir dos registros funcionais da autora a menção à penalidade aplicada.

#### **5. Assédio moral – danos morais**

Discute-se, na presente ação, a ocorrência de assédio moral contra a autora, militar temporária da Marinha do Brasil, que alegadamente foi submetida a assédio moral pelos réus. Alega, em síntese, que sempre foi perseguida e alvo de “brincadeiras” desagradáveis, tendo sido chamada, por exemplo, de “galinha dos ovos de ouro” e de “chuchuquinha”.

Pede a autora indenização por danos morais. Ao desate da lide cumpre, saber, então, se os fatos narrados efetivamente ocorriam na repartição pública e se configuram danos morais indenizáveis.

#### **5.1. Direito da Antidiscriminação, discriminação por motivo de sexo e assédio moral**

Litígios envolvendo alegação de assédio moral praticado contra mulheres em ambiente de trabalho se inserem no âmbito do direito da antidiscriminação, particularmente na proibição de discriminação por motivo de sexo. Eles podem,

como no caso, ser qualificados de assédio sexual, na medida em que a conduta ofensiva à dignidade da vítima reveste-se de caráter sexual, direciona-se contra mulher, reproduzindo e atualizando hierarquias de gênero. Neste sentido, não somente o desenvolvimento do direito da antidiscriminação europeu como também, nas suas origens jurídicas estadunidenses, toda a formulação dos tribunais inferiores e da Suprema Corte dos Estados Unidos (“Harassment related to Sex and Sexual Harassment Law in 33 European Countries”, União Europeia, 2012, [http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/your\\_rights/final\\_harassment\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/your_rights/final_harassment_en.pdf), em 16/05/2014).

A fundamentação legal para o sancionamento do assédio moral sexual encontra-se espalhada na ordem jurídica brasileira, correspondendo, inclusive, a convenções internacionais assinadas pelo Brasil e incorporadas ao direito interno.

Neste quadro, destacam-se, como normas de primeira grandeza, com força jurídica imediata e como fundamentação para todo o arcabouço normativo relacionado: (a) a Constituição Federal, em especial o incisos III do artigo 5º (“Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”) e o inciso IV do artigo 3º (proibição de discriminação por motivo de sexo) e (b) a proibição de discriminação por motivo de sexo prevista na Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho (art. 1º), com status de norma supralegal, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal).

No âmbito propriamente militar, não há dúvida quanto à severa reprovação do assédio moral sexual, na medida em que este configura ofensa à dignidade humana dos servidores militares. Neste diapasão, os artigos 174 (rigor excessivo), 175 (violência contra inferior) e 176 (ofensa aviltante a inferior), todos do Código Penal Militar, sem falar da incidência na esfera penal militar dos artigos 213 e 215 a 217 do Código Penal comum (neste sentido, Jorge Luiz de Oliveira da Silva, Assédio moral no ambiente de trabalho militar, [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2436](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2436)).

O assédio moral, com ou sem conotação sexual, é fenômeno bastante presente em nossa sociedade (como indica e demonstra a *psiquiatra francesa Marie-France Hirigoyen*, referência neste campo), ocorrendo, de forma incontestada, também nas instituições militares (por exemplo, como explicitamente já reconheceu o Superior Tribunal Militar (Embargos Num: 0000020- 86.2009.7.00.0000 UF: DF Decisão: 11/12/2012; Embargos Num: 0000022- 33.2008.7.01.0301 UF: RJ Decisão: 18/05/2011; HC Num: 2009.01.034656-2

UF: DF Decisão: 04/06/2009; Apelação Num: 2004.01.049638-6 UF: SP Decisão: 28/08/2007), cujo ambiente institucional propicia, conforme apontam pesquisas, tais ocorrências (nesse sentido, análise e indicações bibliográficas presentes em **CONFIGURAÇÕES DO ASSÉDIO MORAL EM**

**INSTITUIÇÕES MILITARES: Aproximações dos pressupostos teóricos de Goffman a literatura sobre assédio moral**, apresentados por Marcos Vinícius Pereira Correa, Aparecida do Rocio Freitas, Fabio da Silva Rodrigues e Lucas Lira Finotti, da Universidade Estadual de Maringá, [www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/CadAdm/article/view/1636](http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/CadAdm/article/view/1636), em 16/05/2014).

Diante desta realidade, compreende-se o assédio como “qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade e a integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho” (MARIE-FRANCE HIRIGOYEN, HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio moral: a violência perversa no cotidiano. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002).

Dentre seus elementos, destacam-se, pela pertinência ao caso concreto, os elementos relativos ao perpetrador do assédio e aos meios nele utilizados, assim indicados por Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt (“O Assédio Moral no Direito do Trabalho”, Rev. TRT - 9ª R. Curitiba, a.27, n.47, p.177-226, jan./jun. 2002):

#### “1) O Agressor

O “psico-terror” no local de trabalho constitui uma das formas de violência mais denunciadas. O agressor tende a “diminuir” um ou mais empregados, utilizando-se de meios maliciosos, cruéis ou humilhantes. Denominado também “perverso”, “tóxico” ou “manipulador”, o agressor torna difícil a vida dos que são capazes de trabalhar melhor do que ele. Ele se dirige ao pessoal através de gritos ou insiste no fato de que somente a sua maneira de trabalhar é boa. Ele se recusa a delegar tarefas, porque não confia em ninguém. E mais: ele tece críticas constantes em público ao assediado. Do mesmo modo, o agressor não pensará duas vezes antes de ir além, no seu plano de atingir seu alvo. Ele usará de ameaças de ações disciplinares ou de dispensa do serviço.

#### 2) os meios

No que toca aos meios utilizados, o empregado que sofre assédio é objeto de condutas abusivas, manifestadas por comportamentos, palavras, atos, gestos ou escritos repetidos, os quais podem agredir sua personalidade, sua dignidade ou sua integridade física ou moral, degradando o clima social. As atitudes podem ser objetivas, ostensivas ou perniciosas. As duas primeiras são as mais fáceis de provar. As últimas, em compensação, só são conhecidas da vítima e do agressor. Elas são particularmente difíceis de provar e, de outro lado, são reveladoras da perversidade e da determinação do autor do assédio.

São condutas típicas de um assédio as seguintes: a) desconsiderar a vítima; b) isolá-la; c) impedi-la de se exprimir; d) desacreditá-la no seu trabalho; e) acusá-la de paranóia, se ela tenta se defender.

Resumindo: tudo pode ser criado para desestabilizar a vítima. Às vezes, conta-se com o apoio adicional passivo dos que presenciam a cena. O agressor joga às escondidas, atrás das cortinas. Normalmente, tudo é feito na forma oral, para dificultar o acesso à prova, e para poder se utilizar do argumento de que a vítima interpretou mal o que foi dito.”

Do ponto de vista jurídico, a compreensão do fenômeno discriminatório consistente no assédio moral sexual requer a consideração do direito da antidiscriminação, cuja sede constitucional, já explícita no texto originário da Constituição, recebeu maior vigor com a incorporação, com estatura consti-

tucional, do conceito jurídico de discriminação reproduzido pela Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência.

### **5.2. O conceito jurídico constitucional de discriminação, discriminação por motivo de sexo e trabalho**

O termo discriminação designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, originadas do preconceito, capazes de produzir violação de direitos contra indivíduos e grupos estigmatizados. Frequente no vocabulário jurídico, é a partir deste campo que ora se analisa o conceito de discriminação. Alerta-se que a abordagem da discriminação através de uma perspectiva jurídica não implica desconhecer ou menosprezar o debate sociológico ao redor deste conceito. Como indica Marshall (1998), os estudos sociológicos sobre discriminação, inicialmente vinculados à investigação do etnocentrismo, atualmente se concentram em padrões de dominação e opressão, como expressões de poder e privilégio.

Nesta perspectiva, o conceito de discriminação aponta para a reprovação jurídica das violações ao princípio isonômico, atentando para os prejuízos experimentados pelos destinatários de tratamentos desiguais. A discriminação aqui é visualizada através de uma perspectiva mais substantiva que formal: importa enfrentar a instituição de tratamentos desiguais prejudiciais e injustos.

Neste contexto, reza o conceito de discriminação desenvolvido no direito internacional dos direitos humanos, incorporado ao direito constitucional brasileiro que discriminação é *qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública.*

No caso, envolvendo os fatos alegação de assédio moral sexual no mundo do trabalho, há que se investigar a ocorrência de condutas que ofendem e criam um ambiente hostil à autora, relacionado com seu gênero, consubstanciando discriminação sexista, manifestada em forma de assédio moral.

### **5.3. A discriminação sexista: contrariedade ao direito e formas de violência no mundo do trabalho**

Em sociedades machistas, mulheres são vítimas frequentes de discriminação. Esta experiência, comumente designada pelo termo sexismo, implica discriminação, uma vez que envolve distinção, exclusão ou restrição prejudicial ao reconhecimento, ao gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais, por motivo de sexo.

A reprovação jurídica do sexismo como expressão discriminatória exige que se destaquem, ao menos, dois aspectos: (1) a contrariedade ao direito dos tratamentos sexistas e (2) as modalidades de violência pelas quais a discriminação sexista se manifesta.

Quanto ao primeiro tópico, não é demais lembrar a injustiça dos tratamentos discriminatórios sexistas. Com efeito, a teoria e a jurisprudência dos direitos humanos e dos direitos fundamentais afirmam, de modo cada vez mais claro e firme, a ilicitude da discriminação sexual. Nestes casos, direitos básicos como

a privacidade, a liberdade individual, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade humana, a igualdade e a saúde são concretizados e juridicamente protegidos em demandas envolvendo discriminações por motivo de gênero.

Ao lesionar uma gama tão ampla de bens jurídicos, o sexismo manifesta-se por meio de duas formas de violência: física e não-física. A violência física, mais visível e brutal, atinge diretamente a integridade corporal, quando não chega às raias do estupro e do homicídio. A segunda forma de violência, não-física, mas não por isso menos grave e danosa, consiste no não-reconhecimento e na injúria. O não-reconhecimento, configurando uma espécie de ostracismo social, nega ou diminui valor a alguém, criando condições para modos de tratamento degradante e insultuoso.

Estando manifesta a contrariedade ao direito da homofobia, bem como a violência de suas manifestações, deve-se atentar para o quanto a discriminação homofóbica está disseminada em nossa cultura heterossexista. De fato, ao lado de expressões intencionais de homofobia, convivem discriminações não-intencionais, mas nem por isso menos graves ou injustas. Uma análise destas modalidades de discriminação homofóbica pode ser desenvolvido a partir das modalidades direta e indireta do fenômeno discriminatório, elaboradas no seio do direito da antidiscriminação.

A proibição da discriminação sexista atenta para manifestações intencionais de discriminação (a discriminação direta contra mulheres, que ocorre quando condutas são intencionalmente praticadas, relacionadas ao sexo, objetivando inferiorizar e violando direitos) e também para manifestações não-intencionais, mas com efeito discriminatório, violador de direitos, como ocorre quando ambientes institucionais, por negligência ou outros fatores, silenciam e nada fazem diante de padrões institucionais de machismo, facilitadores da violação de direitos das mulheres.

De fato, independentemente da intenção, a discriminação é um fenômeno que lesiona direitos de modo objetivo. Seu enfrentamento exige, além da censura às suas manifestações intencionais, o cuidado diante de sua reprodução involuntária. Mesmo onde e quando não há vontade de discriminar, distinções, exclusões, restrições e preferências injustas nascem, crescem e se reproduzem, insuflando força e vigor em estruturas sociais perpetuadoras de realidades discriminatórias.

Diante destas realidades, o conceito de discriminação indireta ganha especial relevo e importância. De fato, muitas vezes a discriminação é fruto de medidas, decisões e práticas aparentemente neutras, desprovidas de justificção e de vontade de discriminar, cujos resultados, no entanto, têm impacto diferenciado perante diversos indivíduos e grupos, gerando e fomentando preconceitos e estereótipos inadmissíveis.

Quando se examina o sexismo, fica ainda mais clara a pertinência e a relevância desta preocupação. De fato, em uma cultura machista, condutas individuais e dinâmicas institucionais, formais e informais, reproduzem a idéia da superioridade masculina como norma social e cultural. Nesta linha, a



discriminação indireta se relaciona com a chamada discriminação institucional. Enfatiza-se a importância do contexto social e organizacional como efetiva raiz dos preconceitos e comportamentos discriminatórios. Ao invés de acentuar a dimensão volitiva individual, ela se volta para a dinâmica social e a ‘normalidade’ da discriminação por ela engendrada, buscando compreender a persistência da discriminação mesmo em indivíduos e instituições que rejeitam conscientemente sua prática intencional. Conforme a teoria institucional, as ações individuais e coletivas produzem efeitos discriminatórios precisamente por estarem inseridas numa sociedade cujas instituições (conceito que abarca desde as normas formais e as práticas informais das organizações burocráticas e dos sistemas regulatórios modernos, até as pré-compreensões mais amplas e difusas, presentes na cultura e não sujeitas a uma discussão prévia e sistemática) atuam em prejuízo de certos indivíduos e grupos, contra quem a discriminação é dirigida.

A atenção com relação a um ambiente de trabalho livre de discriminação institucional, portanto, se coloca como um dever decorrente da proibição de discriminação sexual. Neste contexto, o silenciamento sobre e diante do sexismo pode caracterizar discriminação homofóbica indireta institucional, como já debatido na jurisprudência do (Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-1005-12.2011.5.09.0094).

Com efeito, a percepção da discriminação indireta põe a nu a posição privilegiada ocupada pela masculinidade como fator decisivo na construção das instituições sociais, cuja dinâmica está na base do fenômeno discriminatório, nas suas facetas individual e coletiva.

Registro, para que não paire qualquer dúvida, a compatibilidade da discriminação indireta como forma de violação do princípio da igualdade no direito brasileiro. Não bastasse a previsão explícita da discriminação indireta no próprio conceito jurídico de discriminação presente no ordenamento jurídico nacional (sublinhe-se que a discriminação é distinção, restrição, exclusão ou preferência com o propósito *ou o efeito* de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício de direitos humanos), há precedente do Supremo Tribunal Federal sancionando com a inconstitucionalidade medida estatal desprovida de intenção discriminatória, que, todavia, produz discriminação em virtude de seu impacto diferenciado contra certo grupo social, no caso, as mulheres (ao julgar inconstitucional parte da Emenda Constitucional que tratava da limitação dos encargos da Previdência Social quanto ao salário maternidade).

#### ***5.4. O conceito jurídico-constitucional de discriminação e o conceito jurídico de assédio moral sexual***

Essas considerações sobre o conceito jurídico constitucional de discriminação e as modalidades direta e indireta tem conseqüências normativas decisivas no conceito jurídico de assédio e, em particular, em hipótese de assédio moral sexual.

Se discriminação é conduta que viola direitos, relacionada à condição feminina, no mundo do trabalho, no contexto de um ambiente sexista, o enquadramento jurídico da demanda ora veiculada importa no reconhecimento



de hipótese de assédio moral sexual. Isto porque o conceito de assédio moral sexual articula ato atentatório contra a dignidade e a integridade de uma mulher, ameaçando o desempenho do trabalho e degradando o ambiente laboral.

Neste contexto, compreende-se a formulação jurídica, presente no direito da antidiscriminação, produzido no continente europeu, de **assédio** como conduta indesejada relacionada ao sexo da vítima, com o propósito ou o efeito de violar a dignidade da pessoa, bem como criando um ambiente hostil, intimidatório, degradante, humilhante ou ofensivo e de **assédio sexual** como qualquer forma indesejada de conduta verbal, não-verbal ou física, de natureza sexual, com o propósito ou o efeito de violar a dignidade da pessoa, em particular quando cria um ambiente hostil, intimidatório, degradante, humilhante ou ofensivo (Diretiva da União Européia 2006/54).

Pode-se, inclusive, ir além no detalhamento destes conceitos, encontrando situações peculiares em que se manifestam. Dada sua utilidade para o caso concreto, é de se arrolar a noção de **assédio sexual por intimidação**, que, segundo Alice de Barros Monteiro, *“caracteriza-se por incitações sexuais importunas, de uma solicitação sexual ou de outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação laboral de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no trabalho”* (BARROS, Alice Monteiro de. **O assédio sexual no Direito Comparado**, Ltr, ano 62, n.º 11, p. 1465– 1476, nov.1998).

Nestes termos, encontram-se formulações de conceitos jurídicos inteiramente compatíveis e adequados ao ordenamento jurídico brasileiro, considerando, em especial, o conceito jurídico-constitucional de discriminação, a Convenção n.º 111 da OIT e a proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. Tudo aplicável e pertinente às relações de trabalho desempenhadas na esfera militar, como já teve oportunidade de demonstrar a jurisprudência do STM e a doutrina especializada.

Nesta linha, arrolo alguns precedentes, realizando concretização na mesma direção. Dois deles do judiciário estadual gaúcho; em igual número, do judiciário federal.

De acordo com a Des.<sup>a</sup> Marilene Bonzanini, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, *“convencionou-se chamar de “assédio moral” o conjunto de práticas humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas, às quais são submetidos os trabalhadores no exercício de suas funções - usualmente quando há relação hierárquica -, em que predominam condutas que ferem a dignidade humana, a fim de desestabilizar a vítima em seu ambiente de trabalho, forçando-o a desistir do emprego”* (Apelação Cível Nº 70024659294, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 04/12/2008).

Também o que salientado pelo Des. Tasso Caubi Soares Delabary no julgamento da apelação cível n.º 70021081609, o qual transcrevo parcialmente, por pertinente, *verbis*:

*“(...) Importa constar, de forma introdutória, que o estudo sobre o tema objeto da presente contenda é recente no Brasil, não obstante a importância*

representada pelo mesmo e suas inevitáveis conseqüências fáticas e jurídicas. A violência moral no trabalho trata-se de um fenômeno internacional, conforme recente pesquisa da Organização Internacional do Trabalho (OIT) efetivada em diversos países desenvolvidos.

Hodiernamente, a aludida temática tem sido bastante mencionada nos meios de comunicação, sendo o assunto, cada vez mais, objeto de discussão pela sociedade em geral, notadamente nos movimentos sindicais e no âmbito do legislativo.

É inegável que grande parte da população brasileira passa considerável parte de seu tempo no ambiente laboral, o qual deve apresentar, no mínimo, condições dignas e saudáveis de trabalho.

Por conseguinte, importa tecer alguns esclarecimentos acerca do denominado “assédio moral no trabalho”, que se traduz, em linhas gerais, em todo o tipo de comportamento abusivo de alguém (geralmente ocupante de cargo superior), que ameaça, por sua repetição, a integridade física ou psíquica de outra pessoa, a qual resta com o seu ambiente laboral extremamente desagradável, o que pode ocorrer das mais diversas formas.

Nas palavras da psiquiatra francesa Marie-France Hirigoyen:

“Por assédio em um local de trabalho temos que entender toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer danos à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho.”

*A violência moral no âmbito trabalhista, segundo ensina Márcia Novaes Guedes:*

“Trata-se de um processo e não de um ato isolado. O objetivo do assédio moral, portanto, é desestabilizar emocionalmente a pessoa, causando-lhe humilhação e expondo-a a situações vexatórias perante os colegas de trabalho, fornecedores, clientes e, perante a si mesma. Quando praticado pelo superior hierárquico, tem a clara finalidade de forçar um pedido de demissão, ou a prática de atos que possam ensejar a caracterização de falta grave, justificando uma dispensa por justa causa.

(....)

Assediar, portanto, é submeter alguém, sem tréguas, a ataques repetidos, requerendo, assim, a insistência, a repetição de condutas, procedimentos, atos e palavras, inadequados e intempestivos, comentários perniciosos e críticas e piadas inoportunas, com o propósito de expor alguém a situações incômodas e humilhantes. Há certa invasão da intimidade da vítima, mas não em decorrência do emprego abusivo do poder diretivo do empregador, visando proteger o patrimônio da empresa, mas sim, deriva de conduta deliberada com o objetivo de destruir a vítima e afastá-la do mundo do trabalho.”

*Nota-se, portanto, que a configuração do assédio moral exige um comportamento irregular de ocorrência repetida e prolongada no tempo. Isso porque, caso o agressor faça um ataque pontual, ou aconteçam incidentes avulsos, restará caracterizada não-somente uma agressão isolada no trabalho.”*

Nesse sentido:

*ADMINISTRATIVO. ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. COMPROVAÇÃO DO DANO MORAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Convencionou-se chamar de assédio moral o conjunto de práticas humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas, às quais são submetidos os trabalhadores no exercício de suas funções usualmente quando há relação hierárquica em que predominam condutas que ferem a dignidade humana, a fim de desestabilizar a vítima em seu ambiente de trabalho 2. Para o reconhecimento do assédio moral deve ser comprovada a ocorrência de situações no trabalho que efetivamente caracterizem o dano moral, tais como hostilidade ou perseguição por parte da chefia, hipótese dos presentes autos. 3. Apelação improvida. (TRF4, AC 5032891-94.2011.404.7100, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D’azevedo Aurvalle, D.E. 19/09/2013)*

*ADMINISTRATIVO E RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO. COAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO PELOS SEUS SUPERIORES HIERÁRQUICOS. COMPROVAÇÃO. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO. JUROS DE MORA. PERCENTUAL. 1.- A responsabilidade civil do Estado será sempre objetiva, independentemente se o fato ilícito é omissivo ou comissivo.*

*2.- Convencionou-se chamar de assédio moral o conjunto de práticas humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas, às quais são submetidos os trabalhadores no exercício de suas funções, usualmente quando há relação hierárquica, em que predominam condutas que ferem a dignidade humana, a fim de desestabilizar a vítima em seu ambiente de trabalho. 3.- O direito de indenização por assédio moral cometido contra servidor somente pode ser reconhecido quando houver prova efetiva da ocorrência do dano e da ofensa, que estão comprovados no processo em tela. 4.- O arbitramento do valor da indenização pelo dano moral é ato complexo para o julgador que deve sopesar, dentre outras variantes, a extensão do dano, a condição sócio- econômica dos envolvidos, a razoabilidade, a proporcionalidade, a repercussão entre terceiros, o caráter pedagógico/punitivo da indenização e a impossibilidade de se constituir em fonte de enriquecimento indevido. 5.- Mantida a indenização pelo dano moral fixada na sentença em R\$ 20.000,00. 6.- No caso dos autos, tendo em vista que a data da publicação da MP 2.180-35 é 27/08/01 e o ajuizamento da ação de conhecimento ocorreu no ano de 2003, aplicável os juros de mora no montante de 6% ao ano, a contar da data do fato ilícito (06/02/2003), conforme Súmula 54/STJ. (TRF4, AC 5001158- 92.2011.404.7203, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 01/02/2013)*

#### **6. Quadro fático: eventos alegados, prova testemunhal produzida e contexto**

No seu depoimento pessoal, a parte autora assim relatou os fatos (evento 119):

“Perguntado, pelo MM Juiz, respondeu: que prestou serviço militar por 3 anos; que os episódios de assédio moral se deram desde o início, de forma continuada, ou seja, habitual e com frequência; que o constrangimento decorria de tratamento verbal inadequado; que as suas ordens eram revogadas pelo Tenente César Melo, na frente dos subordinados da depoente, apesar de inexistir relação de subordinação formal entre a depoente e o tenente referido; que houve um episódio de constrangimento, onde a posse de chaves de equipamentos foi cobrada na frente de Praças, publicamente, por oficial que antes obtivera da própria depoente tais chaves; que a depoente era chamada de ‘chuchuquinha’ pelo tenente César Melo, de forma pública; que várias vezes o tenente César passava o braço por cima de seus ombros; que várias vezes o tenente César lhe fez propostas de saídas a dois; que estas condutas se davam ora ao pé-de-ouvido, ora na presença de outras pessoas; que no dia em que ocorreu a audiência em que imposta a penalidade, foi chamada ao gabinete do Capitão Jayme, que, na presença da Capitã Joana e do Capitão Di Stasio, imediatamente lhe mostrou a gravação e, tomando-lhe satisfações, informou-a da aplicação de pena de prisão simples de 2 dias, a qual se seguia o início de período de férias e posterior desembarque; que tentou argumentar em sua defesa, mas não lhe foi dada tal chance; que foi imediatamente recolhida ao seu camarote, onde foi auxiliada pela capitã Joana- médica, tenente Bárbara, e a tenente Hilda- oficial de serviços do dia; que durante a prestação do serviço militar recebeu elogios verbais e escritos; que os elogios verbais partiram, por exemplo, do Capitão de Corveta Drago; que já havia recebido elogios de igual forma do comandante Pereira, ex- delegado; que não sabe os motivos pelos quais sofria tal tratamento, considerando gratuito; que se sentia intimidada durante o período, desqualificada e menosprezada. Nada mais. Dada a palavra ao Advogado da União, respondeu: que foi incorporada aos quadros da Marinha em 2009, com 32 anos; que antes de ser incorporada trabalhou como pedagoga, com especialização na em psicopedagogia e transtorno globais do desenvolvimento; que trabalhou em clínicas com deficientes, escolas, tinha consultório particular; que fez especialização na PUCRS e UFRGS, inclusive sendo bolsista nesse período; que pretende voltar a trabalhar, estando atualmente em tratamento psicoterápico; que as perseguições somente se passaram dentro do ambiente militar, não tendo experimentado fora dele; que foi em um aniversário do tenente César Melo, acompanhada de seu então noivo, e a um churrasco do capitão Jayme; que foi convidada e participou em evento promovido pela empresa CATSUL, para onde se deslocou com o tenente César e o imediato, em razão de habilitar o pessoal da marinha mercante que trabalhava para referida empresa; que acredita que o churrasco na casa do Capitão Jayme tenha ocorrido em meados do ano passado; que convidou o tenente César Melo e o capitão Jayme para o seu aniversário, assim como todos os oficiais e alguns praças; que participou da confraternização de Natal das atividades da marinha, onde estavam presentes o tenente César Melo e o Capitão Jayme, assim como todos os demais militares; que foi acompanhada de dois sobrinhos e primos; que nunca pediu carona ao tenente César para que a levasse especificamente a qualquer lugar; que algumas vezes tomava carona para sua casa, juntamente com a militar Karla Fortini; que a tenente Bárbara presenciou convites de saídas por parte do tenente César Melo; que não gostava dos convites

*do tenente César e que não dava tal intimidade, verbalizando, inclusive; que ouviu por diversas vezes o tenente Melo replicar-lhe que ninguém precisava ficar sabendo; que em festa de casamento do oficial médico, Tenente Alexandre Leal, sofreu constrangimento de, por parte do tenente César Melo, ouvir a pergunta, feita à mesa, na frente de todos, se ela não poderia dar uma chance ao irmão do Delegado, ainda que todos soubessem que a depoente era noiva, situação que causou constrangimento até mesmo ao Delegado Comandante Pereira e ao Comandante Stavie; que o Comandante Stavie reagiu demonstrando seu constrangimento, ao dirigir-se à depoente; que o motivo da punição foi por ter mentido quanto a ter entregue pessoalmente o documento ao Comandante que foi ao encontro da delegacia para receber o documento; que após o expediente, no mesmo dia da punição, apresentou a defesa prévia, após receber o formulário de notificação, o qual foi fornecido pela Tenente Hilda, oficial de serviço do dia; que estava medicada e foi-lhe requerida a apresentação da defesa prévia no mesmo dia da punição; que nunca registrou os fatos descritos, pois era temporária, mais moderna que o tenente César Melo e que, inclusive tinha a percepção de que o comandante Jayme reforçava tal conduta; que essa percepção também decorreu do fato de que em um episódio no qual, chamada pelo Delegado Jayme de 'galinha dos ovos de ouro', provocou risos entre o delegado Jayme e o Comandante César Melo; que não sabe responder se tal expressão se referia ao fato de a seção que era comandada pela depoente ter sido eventualmente bem aquinhoadada com orçamento próprio, mas que, de todo modo, a depoente considera uma expressão inadequada; que todas as questões envolvendo o seu relacionamento anterior foram resolvidas e não mais perduram. Nada mais.” - grifei*

Ouvido em juízo, o réu Cesar Luis de Melo declarou (evento 121):

*“Perguntado pelo MM Juiz, respondeu: que é capitão-tenente da Marinha do Brasil, onde presta serviços há 25 anos; que à época de prestação de serviço militar pela autora era encarregado da divisão de apoio e a autora encarregada da divisão de ensino profissional; que cada oficial encarregado dispõe de um certo número de subordinados; que cada oficial encarregada profere seus comandos aos respectivos subordinados, sem o poder de interferir diante de subordinados de outra divisão; que não se recorda de episódio onde tenha desautorizado ordem proferida pela então oficial Kelly ao subordinados*

*da divisão de que ela era encarregada; que o contato que tinha com a autora era profissional e, quando em eventos sociais, se limitava àqueles decorrentes da relação de serviço militar, como confraternizações do pessoal da delegacia, aniversários, todos relativos ao ambiente de convívio profissional; que não se recorda de ter perguntado, na festa de casamento do oficial temporário médico Alexandre Leal, sobre eventual possibilidade de haver contato pessoal entre a depoente e o irmão do então comandante Pereira; que compareceu àquela festa acompanhado de sua esposa; que nunca utilizou-se da expressão*

*'galinha dos ovos de ouro' para referir-se diretamente ou em relação à autora; que só esteve presente na segunda audiência, que tratou de pedido de reconsideração, não tendo conhecimento de como se desenrolou a audiência onde houve a imposição da pena. Nada mais.*

*Dada palavra ao Procurador da autora, respondeu: que a autora não entrou diretamente como encarregada da divisão de ensino profissional, assumindo essa função depois do comandante Oliveira Pires; que a Srª Iracema era a encarregada da divisão de ensino profissional marítimo, servidora civil; que a autora sucedeu o comandante Oliveira Pires, pelo que se recorda; que nunca fez qualquer menção ou alerta à autora acerca de qualquer sentimento negativo a ela dirigido por parte da srª Rosângela; que não era costumeiro a autora pedir permissão para se ausentar da Delegacia, tendo em vista que não era subordinada ao depoente; que o horário de expediente é das 8:00 às 16:30. Nada mais.”*

Por sua vez, o réu Jayme Tavares Alves Filho assim se manifestou sobre os fatos (evento 120):

*“Perguntado pelo MM Juiz, respondeu: que serviu aproximadamente por 1 ano e 2 meses em período simultâneo ao de prestação de serviço militar pela autora; que a autora serviu por dois períodos, tendo o depoente emitido um parecer, da metade para o fim do período, de conteúdo favorável; que esse parecer foi alterado em função do desempenho profissional mediano; que em novembro de 2011 foi aberta sindicância motivada por falha de processamento em documentação referente a credenciamento de empresa civil; que a autora faltou com a verdade ao comunicar ao depoente que não tivera se ausentado da organização militar, ao passo que, diversamente, já havia se ausentado, tomando um táxi para sua residência; que esta falta com a verdade motivou a realização de audiência de imposição de penalidade, onde a autora admitiu ter faltado com a verdade e, diante disso, o depoente, aplicando o regulamento disciplinar da Marinha, definiu pela pena cabível, de 2 dias de prisão simples, um deles por faltar com a verdade e o outro por ter sido negligente com o serviço (que a entrega do documento fosse pessoal); que após a imposição da penalidade emitiu um novo parecer, agora desfavorável à prorrogação; que em momento algum teve episódios de tratamento desrespeitoso ou qualquer intimidade durante o serviço militar; que nunca presenciou proximidade maior entre a autora e o capitão César Melo; que sua primeira avaliação, emitindo parecer favorável pela prorrogação do serviço prestado pela autora, considerou-a mediana no desempenho das funções e não vislumbrou motivo para retirar-lhe a possibilidade de continuar no serviço ativo; **que a utilização da expressão ‘galinha dos ovos de ouro’ ocorreu diante do contexto orçamentário anual, onde a divisão que era chefiada pela autora recebe aproximadamente 70% dos recursos totais da organização comandada pelo depoente, retratando a importância da divisão;***

*Dada palavra ao Procurador da autora, respondeu: que o documento foi entregue pelo sargento de serviço; que o horário de expediente na delegacia é de 8:00 às 16:30, sendo que naquele dia a autora, como oficial de serviço, só deveria se ausentar após a saída do comandante, ora depoente; que a autora não ocupava função subordinada funcionalmente ao capitão Melo, havendo hierarquia de postos; que há registro formal do serviço do dia; que há registro da penalidade, à época classificado como confidencial; que somente as pessoas credenciadas ao tratamento de documentos confidenciais tem acesso; que a função de encarregada de divisão de ensino profissional marítimo era desempenhada pela autora em virtude da sua qualificação técnica, para a qual foi contratada, como pedagoga que é. Nada mais.” - grifei*



A testemunha Hilda Ivana Bonassoli relatou o comportamento do réu Cesar Melo (*evento 115*):

*“Dada palavra ao Procurador da autora, respondeu: que trabalhava no mesmo período da autora na organização militar; que não presenciou qualquer forma de pressão por parte do comandante Jayme; **que presenciou um tratamento mais áspero por parte do capitão Melo, manifestado no tom de voz de forma debochada, ainda que sem a utilização de palavras ofensivas**; que não presenciou, em qualquer momento, ter o capitão Melo chamado a atenção da autora diante de praças; que não presenciou episódio de retirada da autoridade da autora por parte do capitão Melo; **que ouviu, vindo da autora e de outras pessoas, que havia episódios onde o capitão Melo retirava a autoridade da autora**; que nunca presenciou ter a autora pedido permissão ao capitão Melo para ausentar-se do serviço, ainda que a autora tenha mencionado isto à depoente, não tendo ouvido de mais ninguém tal relato; que não presenciou e nem ouviu falar sobre o episódio em que o capitão Melo teria colocado o braço sobre a autora; que era a oficial de serviço que entregou o documento para a feitura da defesa prévia quando da imposição da penalidade; que a autora estava chocada, alterada, mas não raivosa; **que o ambiente de trabalho na presença do capitão Melo não era bom, porquanto o capitão era grosseiro e debochado; que o deboche referido dizia respeito à postura militar, também se relacionando com o fato de ser mulher, reproduzindo gírias e expressões militares de modo diferente diante de uma militar mulher (tais como ‘boyzinha’, significando ‘pessoa inexperiente’)**; que esse tratamento era direcionado à depoente, não tendo presenciado e não sabendo dizer como seria com homens; que era uma situação de tratamento difícil envolvendo o capitão Melo; que a sensação experimentada pela depoente era de autoritarismo; que, como oficial de serviço no dia, registrou a prisão da tenente Kelly; que o registro efetuado naquele dia foi retirado; que recebeu determinação para a concessão de férias à autora, sem, todavia, a respectiva solicitação por parte da mesma; que as férias da autora foram interrompidas, possibilitando o comparecimento à audiência; que não se recorda se tal interrupção se deu ou não em virtude de pedido da autora; que, quando da interrupção, a depoente perguntou se realmente era caso de interrupção de férias; que no dia da pena de prisão a autora não estava se sentindo bem no horário do almoço, bem como no momento em que a depoente foi lhe entregar a parte de ocorrência; que a depoente percebeu que a autora não tinha condições de realizar sua defesa prévia, dado seu estado anímico; **que o fato de o ambiente não ser bom, relacionado ao tratamento dispensado pelo capitão Melo, foi um dos fatores que influenciou sua decisão de pedir o desligamento do serviço militar ativo. Nada mais.***

*Dada a palavra ao Advogado da União, respondeu: que entrou na Marinha em janeiro de 2010 e saiu em maio de 2012; **que se desligou da Marinha por insatisfação**, objetivando, inclusive, trabalhar com seu pai e na sua área de trabalho; que no período em que esteve na Marinha trabalhou como encarregada da atividade secundária da base naval de Natal, encarregada do departamento de produção da base naval de Natal, como relações públicas na base naval de Natal, encarregada da SECOM na delegacia, como encarregada de relações públicas e de pessoal em Porto Alegre; que seus chefes imediatos*

eram o comandante Jayme, comandante Serqueira e Di Stasio; que a autora lhe disse, ao ser encontrada passando mal no vestiário no dia da penalidade, que teria sido exonerada e não trabalharia mais na Marinha, indo, inclusive, ser presa e não iria ser renovada no serviço da Marinha; que a autora mencionou que o motivo da apreensão se relacionava à entrega de documento e que inclusive havia uma filmagem com relação à hora de entrega do documento; que nunca foi punida pelo capitão César Melo, porém, tendo sido repreendida; que por duas vezes participou de confraternizações, a primeira no final de ano e a segunda na troca de comando; que trabalhou de setembro de 2011 a maio de 2012 na delegacia de Porto Alegre; que faltar com a verdade é tão mais grave quanto é o posto; que não mencionou, quando de sua saída, o fator relativo à dificuldade de tratamento envolvendo o Capitão Melo, a não ser para seu marido. Nada mais.” - grifei

Ouvido em juízo, o réu Cesar Luis de Melo declarou (evento 121):

“Perguntado pelo MM Juiz, respondeu: que é capitão-tenente da Marinha do Brasil, onde presta serviços há 25 anos; que à época de prestação de serviço militar pela autora era encarregado da divisão de apoio e a autora encarregada da divisão de ensino profissional; que cada oficial encarregado dispõe de um certo número de subordinados; que cada oficial encarregada profere seus comandos aos respectivos subordinados, sem o poder de interferir diante de subordinados de outra divisão; **que não se recorda de episódio onde tenha desautorizado ordem proferida pela então oficial Kelly ao subordinados da divisão de que ela era encarregada**; que o contato que tinha com a autora era profissional e, quando em eventos sociais, se limitava àqueles decorrentes da relação de serviço militar, como confraternizações do pessoal da delegacia, aniversários, todos relativos ao ambiente de convívio profissional; **que não se recorda de ter perguntado, na festa de casamento do oficial temporário médico Alexandre Leal, sobre eventual possibilidade de haver contato pessoal entre a depoente e o irmão do então comandante Pereira**; que compareceu àquela festa acompanhado de sua esposa; que nunca utilizou-se da expressão ‘galinha dos ovos de ouro’ para referir-se diretamente ou em relação à autora; que só esteve presente na segunda audiência, que tratou de pedido de reconsideração, não tendo conhecimento de como se desenrolou a audiência onde houve a imposição da pena. Nada mais.

Dada palavra ao Procurador da autora, respondeu: que a autora não entrou diretamente como encarregada da divisão de ensino profissional, assumindo essa função depois do comandante Oliveira Pires; que a Sr<sup>a</sup> Iracema era a encarregada da divisão de ensino profissional marítimo, servidora civil; que a autora sucedeu o comandante Oliveira Pires, pelo que se recorda; que nunca fez qualquer menção ou alerta à autora acerca de qualquer sentimento negativo a ela dirigido por parte da sr<sup>a</sup> Rosângela; que não era costumeiro a autora pedir permissão para se ausentar da Delegacia, tendo em vista que não era subordinada ao depoente; que o horário de expediente é das 8:00 às 16:30. Nada mais.”

Por sua vez, o réu Jayme Tavares Alves Filho assim se manifestou sobre os fatos (evento 120):



*“Perguntado pelo MM Juiz, respondeu: que serviu aproximadamente por 1 ano e 2 meses em período simultâneo ao de prestação de serviço militar pela autora; que a autora serviu por dois períodos, tendo o depoente emitido um parecer, da metade para o fim do período, de conteúdo favorável; que esse parecer foi alterado em função do desempenho profissional mediano; que em novembro de 2011 foi aberta sindicância motivada por falha de processamento em documentação referente a credenciamento de empresa civil; que a autora faltou com a verdade ao comunicar ao depoente que não tivera se ausentado da organização militar, ao passo que, diversamente, já havia se ausentado, tomando um táxi para sua residência; que esta falta com a verdade motivou a realização de audiência de imposição de penalidade, onde a autora admitiu ter faltado com a verdade e, diante disso, o depoente, aplicando o regulamento disciplinar da Marinha, definiu pela pena cabível, de 2 dias de prisão simples, um deles por faltar com a verdade e o outro por ter sido negligente com o serviço (que a entrega do documento fosse pessoal); que após a imposição da penalidade emitiu um novo parecer, agora desfavorável à prorrogação; que em momento algum teve episódios de tratamento desrespeitoso ou qualquer intimidade durante o serviço militar; que nunca presenciou proximidade maior entre a autora e o capitão César Melo; que sua primeira avaliação, emitindo parecer favorável pela prorrogação do serviço prestado pela autora, considerou-a mediana no desempenho das funções e não vislumbrou motivo para retirar-lhe a possibilidade de continuar no serviço ativo; **que a utilização da expressão ‘galinha dos ovos de ouro’ ocorreu diante do contexto orçamentário anual, onde a divisão que era chefiada pela autora recebe aproximadamente 70% dos recursos totais da organização comandada pelo depoente, retratando a importância da divisão;***

*Dada palavra ao Procurador da autora, respondeu: que o documento foi entregue pelo sargento de serviço; que o horário de expediente na delegacia é de 8:00 às 16:30, sendo que naquele dia a autora, como oficial de serviço, só deveria se ausentar após a saída do comandante, ora depoente; que a autora não ocupava função subordinada funcionalmente ao capitão Melo, havendo hierarquia de postos; que há registro formal do serviço do dia; que há registro da penalidade, à época classificado como confidencial; que somente as pessoas credenciadas ao tratamento de documentos confidenciais tem acesso; que a função de encarregada de divisão de ensino profissional marítimo era desempenhada pela autora em virtude da sua qualificação técnica, para a qual foi contratada, como pedagoga que é. Nada mais.” - grifei*

A testemunha Hilda Ivana Bonassoli relatou o comportamento do réu Cesar Melo (evento 115):

*“Dada palavra ao Procurador da autora, respondeu: que trabalhava no mesmo período da autora na organização militar; que não presenciou qualquer forma de pressão por parte do comandante Jayme; **que presenciou um tratamento mais áspero por parte do capitão Melo, manifestado no tom de voz de forma debochada, ainda que sem a utilização de palavras ofensivas;** que não presenciou, em qualquer momento, ter o capitão Melo chamado a atenção da autora diante de praças; que não presenciou episódio de retirada da autoridade da autora por parte do capitão Melo; **que ouviu, vindo da autora e de outras pessoas, que havia episódios onde o capitão Melo***

*retirava a autoridade da autora; que nunca presenciou ter a autora pedido permissão ao capitão Melo para ausentar-se do serviço, ainda que a autora tenha mencionado isto à depoente, não tendo ouvido de mais ninguém tal relato; que não presenciou e nem ouviu falar sobre o episódio em que o capitão Melo teria colocado o braço sobre a autora; que era a oficial de serviço que entregou o documento para a feitura da defesa prévia quando da imposição da penalidade; que a autora estava chocada, alterada, mas não raivosa; **que o ambiente de trabalho na presença do capitão Melo não era bom, porquanto o capitão era grosseiro e debochado; que o deboche referido dizia respeito à postura militar, também se relacionando com o fato de ser mulher, reproduzindo gírias e expressões militares de modo diferente diante de uma militar mulher (tais como ‘boyzinha’, significando ‘pessoa inexperiente’); que esse tratamento era direcionado à depoente, não tendo presenciado e não sabendo dizer como seria com homens; que era uma situação de tratamento difícil envolvendo o capitão Melo; que a sensação experimentada pela depoente era de autoritarismo; que, como oficial de serviço no dia, registrou a prisão da tenente Kelly; que o registro efetuado naquele dia foi retirado; que recebeu determinação para a concessão de férias à autora, sem, todavia, a respectiva solicitação por parte da mesma; que as férias da autora foram interrompidas, possibilitando o comparecimento à audiência; que não se recorda se tal interrupção se deu ou não em virtude de pedido da autora; que, quando da interrupção, a depoente perguntou se realmente era caso de interrupção de férias; que no dia da pena de prisão a autora não estava se sentindo bem no horário do almoço, bem como no momento em que a depoente foi lhe entregar a parte de ocorrência; que a depoente percebeu que a autora não tinha condições de realizar sua defesa prévia, dado seu estado anímico; **que o fato de o ambiente não ser bom, relacionado ao tratamento dispensado pelo capitão Melo, foi um dos fatores que influenciou sua decisão de pedir o desligamento do serviço militar ativo.** Nada mais.***

*Dada a palavra ao Advogado da União, respondeu: que entrou na Marinha em janeiro de 2010 e saiu em maio de 2012; **que se desligou da Marinha por insatisfação**, objetivando, inclusive, trabalhar com seu pai e na sua área de trabalho; que no período em que esteve na Marinha trabalhou como encarregada da atividade secundária da base naval de Natal, encarregada do departamento de produção da base naval de Natal, como relações públicas na base naval de Natal, encarregada da SECOM na delegacia, como encarregada de relações públicas e de pessoal em Porto Alegre; que seus chefes imediatos eram o comandante Jayme, comandante Serqueira e Di Stasio; que a autora lhe disse, ao ser encontrada passando mal no vestiário no dia da penalidade, que teria sido exonerada e não trabalharia mais na Marinha, indo, inclusive, ser presa e não iria ser renovada no serviço da Marinha; que a autora mencionou que o motivo da apreensão se relacionava à entrega de documento e que inclusive havia uma filmagem com relação à hora de entrega do documento; que nunca foi punida pelo capitão César Melo, porém, tendo sido repreendida; que por duas vezes participou de confraternizações, a primeira no final de ano e a segunda na troca de comando; que trabalhou de setembro de 2011 a maio de 2012 na delegacia de Porto Alegre; que faltar com a verdade é fato mais grave quanto é o posto; que não mencionou, quando de sua saída, o fator relativo à dificuldade de tratamento envolvendo o Capitão Melo, a não ser para seu marido. Nada mais.” - grifei*

A testemunha Barbara Patrício Medeiros também referiu tratamento inadequado (*evento 122*):

*“Dada palavra ao Procurador da autora, respondeu: que atendeu a autora aproximadamente duas vezes e apresentava quadro de ansiedade; que prescreveu medicação; que nunca experimentou, enquanto trabalhou na Marinha, situação de constrangimento e nem perseguição; que sabe de relatos da autora que sofria perseguição; que não ouviu tal descrição por outras pessoas; **que diante do atestado de saúde da autora que firmou recebeu um aviso por parte do comandante Jayme, perguntando-lhe ‘a senhora sabe onde está se metendo?’**. Nada mais.*

*Dada a palavra ao Advogado da União, respondeu: que iniciou na Marinha em 31/01/2011 e saiu em 31/01/2012; que no segundo atendimento, pelo que se recorda, firmou atestado indicando repouso e descanso domiciliar, oportunidade que desencadeou o aviso referido; que o trato conferido pelo comandante Jayme aos militares, no período em que esteve servindo, era tranquilo, respeitoso e urbano; que a autora não procurou atendimento antes dos fatos que deram origem a este litígio; que participou da confraternização de fim de ano, na qual estava presente, pelo que se recorda, o comandante Jayme; **que o relacionamento entre o capitão Melo e algumas pessoas, as mais modernas, era de mau-gosto, debochado; que presenciou um convite dirigido pelo capitão Melo à autora para ir ao cinema, o que causava constrangimento; que o convite ocorreu dentro do quartel, na presença de outras pessoas, inclusive da tenente Joana, tenente Karla e da servidora civil Rosângela; que não recorda se o convite era feito em tom de brincadeira, mas que causava constrangimento; que não sabe se decorria da informalidade do ambiente.** Nada mais.*

*Perguntado pelo MM Juiz, respondeu: que o ambiente de trabalho era tranquilo no período em que serviu.” - grifei*

Vicente Henrique Carneiro (*evento 111*) declarou *“que socorreu a autora quando do dia da imposição da penalidade; que ela estava prestes a tomar todos os comprimidos de uma vez, medicação esta de tarja preta; que ouviu da autora, nunca tendo presenciado ou ouvido de outrem, que o capitão Melo a teria desautorizado diante de outras pessoas; que ouviu este relato algumas vezes; que não sabe se havia a culpabilização da autora por erros eventualmente ocorridos; que a autora referiu a necessidade de pedir permissão ao capitão Melo para se ausentar da OM; que a autora referia ter um pouco de medo do comandante Jayme, assim como diante do capitão Melo; (...) que já ouviu acerca do rigor experimentado no trato de alguns servidores com o capitão Melo, algo que reputa inerente à farda”*.

O conjunto da prova registra que, de fato, o tratamento do réu Cesar Melo para com a autora era debochado, machista, desrespeitoso, bem como que a autora temia sua autoridade, mesmo que não fosse seu superior imediato. Por outro lado, o próprio réu Jayme afirma que chamou a autora de *“galinha dos ovos de ouro”*, expressão inegavelmente inadequada, independente do contexto.

Dito isso, tenho que o quadro fático narrado pela autora goza de credibilidade à vista da prova testemunhal produzida nos autos.

Outros elementos probatórios vão na mesma direção. Diante da pergunta sobre a ocorrência de condutas indevidas, cuja prática está muito longe de ser algo ordinário e corriqueiro, que pudesse ser simplesmente esquecido, como manifestações deste tratamento violador da dignidade, criador de um ambiente hostil e intimidatório, o demandado Cesar simplesmente disse não se recordar. Tal resposta, diante de situações como desautorizar publicamente a autora e indagar de sua vida privada quanto à possibilidade de conhecer o irmão de outrem, em festa de casamento onde presentes colegas de caserna, aponta efetivamente para a existência de condutas caracterizadoras do assédio.

Não é demais frisar, como acima ficou registrado na transcrição dos depoimentos, que outras mulheres servidoras militares relataram um ambiente de deboche, relacionado ao gênero da autora, produzindo situações difíceis e sensação de autoritarismo.

Tudo em manifesta e direta contrariedade ao Estatuto dos Militares, que não seção que trata da Ética Militar, é expresso quanto aos deveres de respeito à dignidade da pessoa humana, de discricção em atitudes e linguagem falada e de observância das normas da boa educação (Lei n. 6.880, art. 28, incisos III, IX e XIV).

Além da consideração de fatos individualizados acerca do tratamento dispensado à autora, onde sua condição de gênero tem papel decisivo e demarcador de tais comportamentos, também chama a atenção o *ambiente institucional* revelado na instrução.

Com efeito, nem a União, em suas manifestações, nem os demandados, detentores de cargos de responsabilidade, distinção e com poder, conhecimento e experiência administrativas, nenhum deles, em momento algum, demonstrou, indicou ou sequer aventou qualquer preocupação institucional, por parte da Marinha do Brasil, quanto ao fenômeno do assédio moral e, em particular, do assédio sexual.

Este silêncio institucional indica uma conduta omissa que, ainda que possa ser classificada como não-intencional, produz *efeitos discriminatórios* danosos a mulheres nas forças armadas. Trata-se, nos termos do conceito jurídico-constitucional de discriminação, e nos termos do conceito jurídico de assédio moral sexual, de um ambiente que tem como efeito a criação e/ou perpetuação de ambiente hostil, intimidatório, degradante, humilhante ou ofensivo em prejuízo das mulheres. O silenciamento institucional, a propósito, configura uma discriminação indireta no ambiente de trabalho, como já registrou o Superior Tribunal do Trabalho (Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º TST-AIRR-1005-12.2011.5.09.0094).

Esta conclusão, relativa à discriminação institucional e ao efeito que tem quanto à produção ou perpetuação do assédio sexual, fica mais clara quando se constata a preocupação internacional, em diversas forças armadas mundo afora, diante do assédio no ambiente militar. Exemplos disso são as iniciativas

das forças armadas estadunidense (ver, por exemplo, <http://www.sexualassault.army.mil/index.cfm>, em 16/05/2014) e argentina (<http://www.ara.mil.ar/genero/libros/Presentacion12.pdf>, em 16/05/2014).

Não se pode perder de vista, ainda, que a punição aplicada à autora, que acabou ocasionando o seu desligamento, decorreu de ordem que lhe foi endereçada em horário fora do expediente, justamente em momento no qual a autora demonstrava angústia por ter que encontrar o ex-noivo no mesmo horário.

Tenho, portanto, como configurado o assédio moral referido na inicial, manifestação discriminatória de cunho sexista e incompatível com a ordem constitucional.

Estas conclusões decorrem, como demonstrado, do conjunto probatório efetivamente produzido em juízo, mediante o cotejo da prova testemunhal, documental e das manifestações escritas produzidas pelos procuradores das partes.

Quanto ao fator institucional, cuja presença traz ainda mais força àquilo que tais fatos, por si sós, já são demonstram suficientemente, vale dizer que se trata de aplicação das regras probatórias estatuídas tradicionalmente no ordenamento processual vigente.

De fato, a percepção da discriminação sexista e do assédio a ela associados também decorre do contexto machista circundante. Em nossa sociedade, a história de nossos povos demonstra que as atitudes, juízos, procedimentos, idéias e representações variam significativamente conforme vários critérios, dentre os quais cor, etnia e condição social (para não elencarmos mais hipóteses, como sexo, idade, orientação sexual, religião ou grau de escolaridade).

Esse conjunto de crenças, essa visão de mundo, informados por tais elementos, acabam por, efetivamente, constituir a própria realidade, a partir da influência decisiva dessas representações nos procedimentos, práticas, idéias e juízos cotidianos e corriqueiros. Como demonstrou Pierre Bordieu ao analisar a questão regionalista (*A identidade e a representação - Elementos para uma reflexão crítica sobre a idéia de região*, in *O Poder Simbólico*, Lisboa, Difusão Editorial Ltda., 1989), a mudança das representações coletivas conduz a transformações da própria realidade social, precisamente porque a realidade se constrói a partir dessas percepções, dessas representações.

Reforça-se, portanto, a conclusão de que o autora sofreu assédio em virtude de seu gênero. A apuração dos fatos levada a cabo pela instrução, ponderado o contexto, conduz a esta conclusão. Poder-se-ia indagar sobre como traduzir para termos propriamente jurídico-processuais esta operação racional.

Trata-se, na verdade, da desafiadora discussão a respeito da prova jurídica da discriminação institucional. Muitos autores, estudiosos, operadores jurídicos e ativistas enfrentam a questão da prova da discriminação.

A meu ver, tudo dependerá do tipo de discriminação que estiver em causa. Quando estivermos diante da discriminação direta, intencional, deve-se demonstrar, por fatos adequadamente interpretados, a existência de um tratamento diferenciado, motivado pelo gênero.

No caso, estamos diante não somente de hipótese de discriminação direta, pelo assédio intencional, mas também de discriminação institucional. A autora sofreu um tratamento prejudicial diferenciado, motivado por sua condição feminina. Não importa o processo mental e as justificativas interiores que os envolvidos possam atribuir a sua conduta, de modo consciente ou inconsciente. Importa ver que a autora sofreu tratamento diferenciado, em concreto, na forma de assédio.

O direito processual vigente, ao cuidar da produção probatória, prevê que *“em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”* (CPC, art. 335).

Esta regra jurídica diz respeito, primeiramente, às chamadas máximas de experiência e à prova *prima facie*. Em precisa lição, comentou João Carlos Pestana de Aguiar (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1977):

*“Estudando as máximas de experiência, não podemos deixar de fazer alusão à prova prima facie, da qual aquelas são a fonte. Surgida na Alemanha ao limiar deste século e, segundo autores, por obra de Rumelin, o qual chegou a ser confundido com o precursor também das máximas de experiência, recebeu a prova prima facie a denominação de “prova de primeira aparência”. Consiste na formação do convencimento do juiz através de princípios práticos da vida e da experiência daquilo que geralmente acontece (id quod plerumque accidit). Embora seja um juízo de raciocínio lógico formado fora dos elementos de prova constantes dos autos, não se pode afirmar que se trata de um juízo baseado na ciência privada. É, sob certo ângulo de visão, uma exceção à regra quod non est in actis non est in mundo, mas que se forma por meio de noções pertencentes ao patrimônio cultural comum, eis que se sustêm naquilo que de ordinário acontece. Logo, são noções ao alcance de grande número de pessoas e até mesmo do conhecimento obrigatório de uma camada social, pelo que não se pode concluir como noções limitadas à ciência privada do juiz.”* (p. 106-107).

No caso dos autos, não se pode esquecer a história e a realidade nacional ao interpretar o conjunto probatório. O juiz não pode ser indiferente à realidade, sob pena inclusive de ofender a norma constitucional que manda que todos os Poderes Públicos, inclusive o Judiciário, pratiquem o direito conforme os objetivos fundamentais da República (Constituição da República de 1988, art. 3º), dentre os quais se inclui construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), erradicar a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (inciso III) e promover o bem de todos, sem preconceitos de sexo (inciso IV).

As máximas de experiência conduzem, ademais, como salientado pelo processualista citado, às provas *prima facie* ou *“provas de primeira aparência”*. Elas chamam a atenção do óbvio: numa realidade discriminatória, a formação do convencimento não pode ser alheia à experiência daquilo que geralmente

acontece. Infelizmente, o que geralmente acontece em nossa realidade institucional é o sexismo. Dados e interpretações da realidade nacional tão fundamentais e decisivos, não podem ser ignorados pelo Poder Judiciário. Eles precisam ser demonstrados e fundamentados, como a fundamentação desta sentença busca explicitar.

Como disse Moacir Amaral dos Santos, estes conhecimentos “...*integram o patrimônio de noções pacificamente armazenadas por uma determinada esfera social, e assim a do juiz, a que se pode genericamente denominar cultura, se utiliza o juiz como normas destinadas a servir como premissa maior dos silogismos que forma no seu trabalho de fixação, interpretação e avaliação das provas.*” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 51).

Disse o mesmo jurista, em outra passagem: “*O juiz, como homem culto e vivendo em sociedade, no encaminhar as provas, no avaliá-las, no interpretar e aplicar o direito, no decidir, enfim, necessariamente usa de uma porção de noções extrajudiciais, fruto de sua cultura, colhida de seus conhecimentos sociais, científicos, artísticos ou práticos, dos mais aperfeiçoados aos mais rudimentares. São as noções a que se costumou, por iniciativa do processualista STEIN, denominar máximas da experiência ou regras da experiência, isto é, juízos formados na observação do que comumente acontece e que, como tais, podem ser formados em abstrato por qualquer pessoa de cultura média.*” (*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 2º vol., 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1983, p. 339).

De fato, não somente manifestações de exércitos como o estadunidense e o argentino, nem somente o senso comum também percebem a realidade do sexismo na sociedade em geral e nas Forças Armadas, como igualmente pesquisadores que se dedicam ao tema (por exemplo, LOBO, Elizabeth Souza. Desventuras das mulheres em busca de emprego. *Lua Nova*, São Paulo, v. 2, n. 1, June 1985. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451985000200017&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451985000200017&lng=en&nrm=iso)>. access on 16 May 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451985000200017>.; REBELO, Tamyá Rocha. O equilíbrio de gênero nas operações de paz: avanços e desafios. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 21, n. 3, dez. 2013. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2013000300004&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2013000300004&lng=pt&nrm=iso)>. acessos em 16 maio 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2013000300004>.).

Não fosse isso, ainda que não se queira qualificar o ocorrido como assédio moral, não há dúvida de que a autora sofreu dano moral, em razão da exposição despropositada a que era submetida, bem como das angústias e frustrações que experimentava no exercício das suas funções.

Sendo assim, entendo como caracterizado o assédio moral no ambiente de trabalho, condenando-se os réus ao pagamento de indenização por danos morais, de forma solidária. Em relação aos réus pessoas físicas, restou caracterizada atitude dolosa, pelo que cabível a condenação à luz da responsabilidade civil de natureza subjetiva.



### 7. Arbitramento do dano moral

Isso assentado, resta analisar e quantificar o dano moral, pois, à evidência, ocorreu.

A indenização por dano moral, em princípio, independe de prova material. Ela se relaciona à perturbação relevante no psiquismo do autor, decorrente de ato ilícito (neste sentido, STJ, RESP 8.768 e RT 681/163). Disto decorre, por outro lado, que pequenos incômodos ou contrariedades, assim como os sofrimentos ou desgostos que resultam de uma sensibilidade anômala, não são indenizáveis, mas somente aqueles que apresentem gravidade e relevância jurídica (Mario Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1994, p. 503-5).

Com efeito, neste esforço objetivante da aplicação do dano moral, merecem elenco os critérios ponderados pelo Desembargador Sérgio Gischkow Pereira ao relatar a Apelação Cível nº 593133689: “*a) a reparação do dano moral tem natureza também punitiva, aflitiva para o ofensor, com o que tem a importante função, entre outros efeitos, de evitar que se repitam situações semelhantes, de vexames e humilhações aos clientes dos estabelecimentos comerciais; b) deve ser levada em conta a condição econômico-financeira do ofensor, sob pena de não haver nenhum grau punitivo ou aflitivo; c) influem o grau de culpa do ofensor, as circunstâncias do fato e a eventual culpa concorrente do ofendido; d) é ponderada a posição familiar, cultural, social e econômico-financeira da vítima, e) é preciso levar em conta a gravidade e a repercussão da ofensa*”.

Não há dúvida sobre a ocorrência do dano moral, pelos motivos já expostos. Não se pode perder de vista que a autora enfrenta problemas psicológicos e psiquiátricos desde então, estando incapacitada por pelo menos mais um ano, como indica o perito.

Quanto ao valor, arbitro a indenização em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). E assim o faço levando em consideração alguns parâmetros em casos mais ou menos gravosos do que o presente, fixados pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Veja-se: perseguição no trabalho contra mulher, R\$ 20.000,00 (AC 5032891-94.2011.404.7100); grosserias no trabalho, R\$ 20.000,00 (ROs n.º 0000014-60.2010.5.04.0401 e 0000344-58.2010.5.04.0821); impedimentos de trabalho: R\$ 8.000,00 (AC n.º 70036637015), R\$ 15.000,00 (AC n.º 70045112331), R\$ 11.220,00 (ACs n.º 7003904233 e 70038568945).

Quanto às verbas sucumbenciais pelo dano moral, registre-se, conforme o Superior Tribunal de Justiça que, “*na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca*” (Súmula 326, CORTE ESPECIAL, julgado em 22/05/2006, DJ 07/06/2006 p. 240); que “*a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento*” (Súmula 362,

CORTE ESPECIAL, julgado em 15/10/2008, DJe 03/11/2008) e que os juros moratórios fluem desde o evento danoso, pois se trata de caso de responsabilidade extracontratual (Súmula 54, CORTE ESPECIAL, julgado em 24/09/1992, DJ 01/10/1992 p. 16801).

Considero o evento danoso, para fins de incidência de juros moratórios, dado que o dano ocorreu em período variável, a data de exclusão da autora do serviço ativo.



Juros de 0,5% ao mês e correção monetária pelos índices previstos no Manual de Cálculos e Procedimentos da Justiça Federal. Deixo de aplicar a Lei n.º 11.960/09, que havia alterado o artigo 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, em razão do julgamento proferido nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 4.357 e 4.425, em 14-03-2013, em que reconhecida a inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional n.º 62/09 (STJ, REsp. repetitivo 1270439/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2013, DJe 02/08/2013).

Em relação às verbas remuneratórias devidas desde o licenciamento, os juros fluem a contar da citação e a correção monetária desde quando devidas as parcelas, pelos mesmos índices acima transcritos.

*Ante o exposto, **confirmando a liminar** e JULGO PROCEDENTE a presente ação ordinária para:*

*(a) anular o licenciamento da autora e reintegrá-la à Marinha para tratamento de saúde, na condição de agregada;*

*(b) condenar a União ao pagamento das verbas remuneratórias devidas desde o seu indevido licenciamento, acrescida de juros e correção monetária;*

*(c) anular a punição disciplinar imposta à autora, determinando-se à União que a exclua dos seus registros funcionais;*

*(d) condenar os réus, de forma solidária, ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com acréscimo de juros e correção monetária, na forma da fundamentação.*

Condeno os réus ao pagamento solidário de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação. Não há custas a ressarcir, em razão da AJG concedida (evento 4).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Em homenagem aos princípios da instrumentalidade, celeridade e economia processual, **desde logo registro que eventual apelação interposta será recebida somente no efeito devolutivo (art. 520, VII, do CPC)**, salvo nas hipóteses de intempestividade e, se for o caso, ausência de preparo, que serão oportunamente certificadas pela Secretaria.

Interposto o recurso, caberá à Secretaria, mediante ato ordinatório, abrir vista à parte contrária para contrarrazões, e, na sequência, remeter os autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Espécie sujeita a reexame necessário Transitada em julgado a sentença, dê-se baixa. Porto Alegre, 16 de maio de 2014.

Documento eletrônico assinado por **Roger Raupp Rios, Juiz Federal na Titularidade Plena**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região n.º 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.jfrs.jus.br/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **10512362v34** e, se solicitado, do código CRC **E7C97D59**.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO  
REEXAME NECESSÁRIO N. 0006686-12.2015.4.01.3300/BA (d)

**RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL GILDA SIGMA-RINGA SEIXAS**

**AUTOR : ISABELLE MATOS PINHEIRO COSTA**

**ADVOGADO : BA00032486 - ANGELA TATHIANI RIBEIRO DA SILVA**

**ADVOGADO : BA00025407 - JOSE MARCOS DOS SANTOS CARDOSO**

**RÉU : INSTITUTO FEDERAL DE EDUCACAO, CIENCIA E TECNOLOGIA DA BAHIA - IFBAHIA**

**PROCURADOR : DF00025372 - ADRIANA MAIA VENTURINI**

**REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 12A VARA - BA**

**EMENTA**

**ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REMOÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ART. 9º, §2º, I, DA LEI 11.340/06. HIPÓTESE ANÁLOGA À PREVISTA NO ART. 36, III, “B” DA LEI 8.112/90. PROTEÇÃO À FAMÍLIA. ART. 226, § 8º DA CF/88. SENTENÇA CONCESSIVA. REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA.**

**1. Sentença que concedeu a segurança para reconhecer o direito à remoção de Professora efetiva na Área de Enfermagem do Instituto Federal da Bahia - IFBA, do *campus* de Barreiras/BA, para o *campus* de Salvador/BA, tendo em vista a comprovação nos autos de indícios de violência doméstica sofrida pela parte impetrante.**

**2. O ato de remoção no caso *sub judice* terá como fim a preservação do direito à vida, à integridade física, à segurança, ao trabalho e à família. Os bens jurídicos a serem aqui protegidos mostram-se mais importantes do que aqueles tutelados pela Lei nº 8.112/90, que permite a remoção independentemente do interesse da Administração.**

**3. Com base no princípio constitucional de proteção à família (art. 226, § 8º da CF/88) e no quanto previsto no art. 9º, §2º, I, da Lei nº 11.340/06, o pedido de remoção da servidora configura hipótese análoga àquela prevista no art. 36, III, “b” da Lei nº 8.112/90, que**

trata de pedido de remoção a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração.

4. Consoante proclama o STJ (REsp nº 577.229/AL), em sede de remessa oficial, confirma-se a sentença se não há qualquer questão de fato ou de direito, referente ao mérito ou ao processo, matéria constitucional ou infraconstitucional, direito federal ou não, ou princípio, que a desabone.

5. Ausentes apelos voluntários, o que reforça a higidez da decisão (dada a aparente ausência de ulterior resistência e/ou o próprio cumprimento voluntário do “decisum”), e considerando a ampla e adequada fundamentação da sentença proferida (sem notícia, de lá até aqui, de qualquer inovação no quadro fático-jurídico), e sope-sando as reduzidas cargas de densidade da controvérsia e mínima complexidade jurídica, mais decorrendo o ajuizamento da demora no exame administrativo e na satisfação imediata da pretensão do direito, adiante judicialmente revelado procedente, não há qualquer óbice ao regular decurso do prazo para trânsito em julgado, ante a exatidão do decidido.

6. Remessa oficial não provida.

### ACORDÃO

Decide a Primeira Turma, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial.

Brasília, 8 de março de 2017.

DESEMBARGADORA FEDERAL GILDA SIGMARINGA SEIXAS

### RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em face de sentença que concedeu a segurança vindicada no sentido de reconhecer à Professora na Área de Enfermagem do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Bahia - IFBA, o direito de ser removida do *campus* de Barreiras/BA para o *campus* de Salvador/BA, tendo em vista a comprovação nos autos de indícios de violência doméstica sofrida pela parte impetrante.

Da inicial extrai-se que, em março de 2014, ao separar-se de fato, a impetrante deu entrada ao processo de divórcio consensual, que foi extinto sem resolução do mérito por pedido de desistência, tendo em vista que com o processo em andamento o seu ex-marido mudou completamente de postura acerca da dissolução matrimonial.

Informou que, diante da situação e por estar sozinha na cidade de Barreiras/BA com sua filha, protocolou junto à impetrada o primeiro pedido de remoção o qual foi indeferido, por não ter concluído o estágio probatório. Paralelamente, ingressou com processo de divórcio litigioso, protocolado sob

o nº 0501628-95.2014.805.0022, em andamento na 3ª Vara Cível da Comarca de Barreiras/BA.

Ressaltou que, no decorrer do tempo, a situação com o seu ex-cônjuge foi ficando cada vez mais difícil e conflitante, culminando no registro do primeiro Boletim de Ocorrência nº 2992014000296, na Delegacia de Atendimento à Mulher – DEAM/Barreiras/BA, conforme comprovado às fls. 42/44 – rolagem única. Angustiada com a violência doméstica sofrida, protocolou novo pedido de remoção, o qual também foi indeferido em razão de estar em estágio probatório (fls. 39 – rolagem única).

O Juiz da 1ª instância assegurou à servidora pública, em situação de violência doméstica, o acesso prioritário à remoção, com base na Lei nº 11.340/06, em seu art. 9º, §2º, I.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não provimento da remessa.

É o relatório.

DESEMBARGADORA FEDERAL GILDA SIGMARINGA SEIXAS

## VOTO

Objetiva a impetrante a sua remoção de Barreiras/BA para Salvador/BA alegando, para tanto, que vem sofrendo ameaças por parte de seu ex-cônjuge e pai de sua filha, nascida em 12/07/2013.

O que se discute na presente demanda é a legalidade do ato da União Federal, que negou a remoção da servidora Isabelle Matos Pinheiro Costa, do campus da IFB de Barreiras/BA para o campus de Salvador/BA, sob a alegação de que a servidora não concluíra o tempo determinado para o cumprimento de estágio probatório.

A Lei 8.112/90 assim dispôs sobre o instituto da remoção:

*Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.*

*Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção:*

*I – de ofício, no interesse da Administração;*

***II – a pedido, a critério da Administração;***

*III – a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração:*

*a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração;*

*b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial;*

*c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados.*

A lei nº 8.112/90 determina que a remoção só ocorra depois de o servidor ter concluído o estágio probatório. Acontece que a servidora pública é vítima de violência doméstica de seu ex-marido, o que fez com que o juízo da 1ª Instância avaliasse a situação sob o prisma da proteção à vida, à integridade física e à segurança. O pedido da Autora, quanto à remoção pretendida, dá-se exatamente para oferecer proteção a seu núcleo familiar, composto por ela e a filha.

Como bem consignado pelo Juízo *a quo*, a Lei nº 11.340/06, em seu art. 9º, §2º, I, assegura à servidora pública, em situação de violência doméstica, o acesso prioritário à remoção, senão vejamos:

*Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.*

§ 1º O juiz determinará, por prazo certo, a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal.

**§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:**

**I – acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta;**

O ato de remoção no caso *sub judice* terá como fim a preservação do direito à vida, à integridade física, à segurança, ao trabalho e à família. Os bens jurídicos a serem aqui protegidos mostram-se mais importantes do que aqueles tutelados pela Lei nº 8.112/90, que permite a remoção independentemente do interesse da Administração.

Confira-se, nesse sentido, a fundamentação adotada na sentença ora em reexame, dada a sua clareza e pertinência:

*“Diante disso, pode-se considerar que o art. 9º, §2º, I, da referida lei, traz, na prática, outra hipótese de remoção do servidor público a pedido, independente do interesse da Administração ou, no mínimo, uma situação análoga aquela prevista no art. 36, III, “b” da Lei nº 8.112/90.*

*Ademais, o direito da impetrante encontra-se amparado também na Constituição Federal/88 que prevê em seu art. 226, §8º, que a família terá especial proteção do Estado, in verbis:*

*Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

*(...)*

*§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.*

*Esse entendimento também pode ser confirmado pela jurisprudência do STF : Decisão: Trata-se de agravo interposto contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado: “ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AUDITOR FISCAL DO TESOuro NACIONAL. REMOÇÃO PARA ACOMPANHAMENTO DE CÔNJUGE. LEI 8.112/90 1. A remessa oficial é tida por interposta, por inexistir demonstração do valor econômico perseguido na lide, não ocorrendo, na espécie, a aplicação do artigo 475, § 2º, do CPC. 2. Nas hipóteses de remoção de servidor público federal para acompanhamento de cônjuge, quando esta esbarra nas situações de impossibilidade de conciliação entre o interesse da Administração e o do servidor, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aponta no sentido da prevalência do princípio constitucional de proteção da família (art. 226 da CF/88) nas situações de impossibilidade de conciliação entre o interesse da Administração e o particular. 3. Considerando que a remoção ocorreu independentemente da existência de vaga, não havendo prejuízo alcançando a terceiro, é temeroso a desconstituição de situação de fato consolidada há mais de 7 (sete) anos, por força de decisão judicial, contida na liminar concedida à servidora autora. 4. Apelação e remessa oficial, esta tida por interposta, não providas”. (eDCO 2, p. 51) No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, sustenta-se, em preliminar, a repercussão geral da matéria deduzida no recurso. No mérito, aponta-se violação ao art. 226, do texto constitucional. A*

recorrente alega, em síntese, o princípio constitucional de proteção a família não garante, por si só, o direito do servidor público exercer suas funções no local de domicílio da sua família. Decido. O recurso não merece prosperar. Isso porque o acórdão recorrido esta em sintonia com a jurisprudência desta Corte que se firmou no sentido de que diante da impossibilidade de serem conciliados os interesses da Administração Pública quanto à observância da lotação do servidor com os da manutenção da unidade da família deve prevalecer a proteção da família, independentemente da existência de vagas. Nesse sentido, destaca-se o seguinte precedente do plenário desta Corte, assim ementado: “MANDADO DE SEGURANÇA. REMOÇÃO DE OFÍCIO PARA ACOMPANHAR O CÔNJUGE, INDEPENDENTEMENTE DA EXISTÊNCIA DE VAGAS. ART. 36 DA LEI 8.112/90. DESNECESSIDADE DE O CÔNJUGE DO SERVIDOR SER TAMBÉM REGIDO PELA LEI 8112/90. ESPECIAL PROTEÇÃO DO ESTADO À FAMÍLIA (ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). 1. Em mandado de segurança, a União, mais do que litisconsorte, é de ser considerada parte, podendo, por isso, não apenas nela intervir para esclarecer questões de fato e de direito, como também juntar documentos, apresentar memoriais e, ainda, recorrer (parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.469/97). Rejeição da preliminar de inclusão da União como litisconsorte passivo. 2. Havendo a transferência, de ofício, do cônjuge da impetrante, empregado da Caixa Econômica Federal, para a cidade de Fortaleza/CE, tem ela, servidora ocupante de cargo no Tribunal de Contas da União, direito líquido e certo de também ser removida, independentemente da existência de vagas. Precedente: MS 21.893/DF 3. A alínea a do inciso III do parágrafo único do art. 36 da Lei 8.112/90 não exige que o cônjuge do servidor seja também regido pelo Estatuto dos servidores públicos federais. A expressão legal servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” não é outra senão a que se lê na cabeça do art. 37 da Constituição Federal para alcançar, justamente, todo e qualquer servidor da Administração Pública, tanto a Administração Direta quanto a Indireta. 4. O entendimento ora perfilhado descansa no regaço do art. 226 da Constituição Federal, que, sobre fazer da família a base de toda a sociedade, a ela garante especial proteção do Estado. Outra especial proteção à família não se poderia esperar senão aquela que garantisse à impetrante o direito de acompanhar seu cônjuge, e, assim, manter a integridade dos laços familiares que os prendem. 5. Segurança concedida”. (MS 23.058, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJe 14.11.2008) (grifo nosso) Ante o exposto, conheço do presente agravo para negar-lhe provimento (art. 544, § 4º, II, “a”, do CPC). Publique-se. Brasília, 9 de novembro de 2015. Ministro Gilmar Mendes Relator (STF - ARE: 927214 DF - DISTRITO FEDERAL 0022354-97.2004.4.01.3400, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 09/11/2015, Data de Publicação: DJe-225 12/11/2015) Nesta senda, restou demonstrado nos autos, em especial nos documentos acostados às fls. 87/105, indícios de violência doméstica sofrida pela impetrante, razão pela qual entendo que, com base no princípio constitucional de proteção à família e no quanto previsto no art. 9º, §2º, I, da Lei nº 11.340/06, o pedido de remoção da servidora é hipótese análoga àquela prevista no art. 36, III, “b” da Lei nº 8.112/90.

Diante do exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA** para determinar que a IFBA proceda com a imediata remoção da impetrante para o Campus de Salvador/BA.

(...)”.

Consoante proclama o STJ (REsp nº 577.229/AL), em sede de remessa oficial, confirma-se a sentença se não há qualquer questão de fato ou de direito, referente ao mérito ou ao processo, matéria constitucional ou infraconstitucional, direito federal ou não, ou princípio, que a desabone.

Ausentes apelos voluntários, o que reforça a higidez da decisão (dada a aparente ausência de ulterior resistência e/ou o próprio cumprimento voluntário do “decisum”), e considerando a ampla e adequada fundamentação da sentença proferida (sem notícia, de lá até aqui, de qualquer inovação no quadro fático-jurídico), e sopesando as reduzidas cargas de densidade da controvérsia e mínima complexidade jurídica, mais decorrendo o ajuizamento da demora no exame administrativo e na satisfação imediata da pretensão do direito, adiante judicialmente revelado procedente, não há qualquer óbice ao regular decurso do prazo para trânsito em julgado, ante a exatidão do decidido.

Pelo exposto, **nego provimento** à remessa oficial.

É como voto.

DESEMBARGADORA FEDERAL GILDA SIGMARINGA SEIXAS



“PROCESSO: 1006167-55.2017.4.01.0000  
PROCESSO REFERÊNCIA: 1009743-41.2017.4.01.3400  
CLASSE: AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)  
AGRAVANTE: (...)  
AGRAVADO: (...)

## DECISÃO

1 - Trata-se de agravo de instrumento interposto por (...) contra o indeferimento de tutela de urgência que, em ação ordinária, lhe assegurasse, tal como fora concedida à sua consorte, também servidora pública federal (civilmente casadas entre si), o direito à licença-maternidade em face do parto iminente proveniente de gravidez resultante da fertilização assistida heteróloga (zigoto/ovo implantado no útero da consorte, advindo da fecundação de óvulo da recorrente por espermatozóide proveniente de banco de sêmen), procedimento que a Resolução-CFM nº 2.121/2015 denominada de “maternidade compartilhada”.

2 - Em primeiro instante indeferi a tutela recursal, nestes termos (síntese):

“O direito à licença gestante, no âmbito da Administração Pública Federal, encontra-se previsto na Lei nº 8.112/1990 (...):

*Art. 207. Será concedida licença à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração. (...)*”

*Tal prazo, de 120 (cento e vinte) dias, é passível de prorrogação por mais 60 (sessenta), totalizando 180 (cento e oitenta) dias de afastamento, nos termos do Decreto nº 6.690/2008.*

*O direito à licença-maternidade progride no sentido de proteção à integração da família, não sendo o fator debilitante biológico da gravidez o único motivo ensejador do pretense direito, mas sim a importância do convívio familiar.*

*Entretanto, quando se discute a **licença-maternidade** para **casais homoafetivos**, constituídos por mulheres, inexistente norma específica concessiva de **licença-maternidade** à mãe que não seja a biológica ou a adotante. Na ausência de norma regulamentadora, a LINDB (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro - Decreto-Lei 4.657/42) prevê em seu art. 4º que «o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito».*

*Portanto, utilizando-se da analogia para a análise deste caso concreto, tem-se que a Lei nº 12.873/2013 (que alterou algumas regras previstas na CLT sobre licença-maternidade) inseriu o § 5º ao art. 392-A da CLT, prevendo que, em caso de adoção, apenas um dos adotantes terá direito à licença-maternidade, in verbis: “§ 5º A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiões empregado ou empregada”.*

*A concessão da tutela antecipada requer a demonstração de prova inequívoca (...).*

.....  
.....

*Isso porque “prima facie” não se vislumbram os requisitos necessários para a antecipação de tutela pretendida.*

Dessa forma, somente depois do nascimento da criança é que se poderá verificar a capacidade ou incapacidade de amamentar da autora e de sua companheira.

É necessária a prudente dilação probatória para que a agravante possa comprovar os fatos alegados (...).

.....  
.....  
Ressalte-se que a negativa de se estender o benefício da licença-maternidade à recorrente não resultará em qualquer desamparo à criança. Esta não deixará de ter o apoio da mãe que a gestou, nem de ter o suporte necessário advindo com o nascimento, o que dificultaria até mesmo uma discussão acerca da extensão do benefício da parturiente à sua companheira. Precedente: TJDFT, acórdão nº 987004, 20150110318713ACJ, Relator: MARILIA DE AVILA E SILVA SAMPAIO, 1ª Turma Recursal, DJe 15/12/2016, pág.: 561/571. Importante frisar que, nada impede que a autora, após o nascimento da criança, possa pleitear a licença amamentação, mediante comprovação por perícia médica oficial que ateste o resultado positivo de seu tratamento para amamentação, pois, de acordo com o disposto no art. 492 do CPC/2015, é defeso ao julgador prolatar decisão condicional, dependente de evento futuro e incerto, com base na simples possibilidade de ocorrer uma situação que ainda não se concretizou. Nesse sentido:

.....  
.....  
(AC 0003534-02.2006.4.01.4001 / PI, Rel. Des. Fed. JOÃO LUIZ DE SOUSA, SEGUNDA TURMA, e-DJF1 de 03/02/2017)

.....  
.....  
(AMS 0092862-80.2014.4.01.3800 / MG, Rel. Des. Fed. PIRES BRANDÃO, PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 de 17/05/2016)

Como mesmo reconhece a própria recorrente, “a data provável para o parto é o dia **14/10/2017**” e que “a gestante ANA PAULA foi submetida a mamoplastia o que **pode comprometer a sua capacidade para amamentar**, (...) Tal condição, frisa-se, só será verificada após o nascimento da criança”, o que ratifica o entendimento de evento futuro e incerto.”

3 – A autora-agravante formula pedido de reconsideração, noticiando eventos novos: o parto da filha (...) e que ela/autora tem a necessária produção de leite que sua consorte – lado outro – não ostenta, conforme documentos médicos juntados, o que recomenda, então, agora com mais razão, a concessão da licença-maternidade pretendida.

Fundamento e decido:

4 – A hipótese, por sua urgência (cada dia decorrido é, no concreto, potencialmente, indutor de menor e irrecuperável convivência familiar em fase mais necessária da vida), comporta apreciação “inaudita altera parte”. Aplica-se o art. 300, “caput” e §2º, do CPC/2015. O contraditório será, portanto, diferido, pela via do agravo interno/regimental ou contrarrazões (para oportuno julgamento do agravo interno em si mesmo).

5 – A tutela (recursal) de urgência ou evidência, antecipada ou cautelar, se funda no arts. 300/310 e art. 932 do CPC/2015. No caso, o pleito conjuga

aspectos cautelar e antecipado e se ampara em urgência notória, uma vez que cada passo adiante do tempo esgota instantes da 1ª Infância que ao homem não é dado restaurar.

6 – Não por motivo diverso o art. 1º da Lei nº 13.257/2016, que regula as políticas públicas para a 1ª Infância, considera a “(...) *relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, em consonância com os princípios e diretrizes da Lei nº 8.069/1990 (ECA) (...)*”.

7 – Na mesma linha, confere-se primazia ao direito à plena convivência familiar. O ECA (Capítulo III) disso também trata, como igualmente finca o princípio da não-discriminação de filhos em face da origem do vínculo de paternidade/maternidade, seja ele biológico (não importa o modo) ou – quiçá – afetivo (adoção). No concreto, a filha agrega a conjugação dos bem-quereres (afeto) maternos e da biologia de ambas as genitoras, dado que uma aninhou em si a semente fecundada da outra. E, é o que se pretende, o casal amamentará a criança (bebê) de forma compartilhada.

8 – A vontade constitucional (CF/1988) – que é maior do que a resistência pontual em dadas parcelas da sociedade, tanto no que se refere ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, quanto à fecundação artificial em si (heteróloga tanto mais) – é no sentido principiológico da reverência à dignidade humana e à edificação de uma sociedade fraterna, pluralista e livre de preconceitos/discriminações (art. 1º, III e art. 3º, I e IV). Alberga-se a maternidade, a criança e a família, em todas as suas matizes.

9 – Incentiva-se, portanto e sim, a vida e o cuidado mais tenro dela, e, assim, fomenta-se a convivência humana saudável, que promove o desenvolvimento do ser em todos os seus sentidos, sob o primado da busca do “direito à felicidade” (estado de plenificação espiritual do ser), consoante preceitua o STF (vide abaixo), “princípio constitucional implícito”:

| JULGADO                              | TEMA   |
|--------------------------------------|--|
| RE nº 898.060/SC, Rel. Min. LUIZ FUX | Possibilidade de manutenção concomitante entre a paternidade biológica e sócio-afetiva. Dupla paternidade: “ <i>Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela CF/88. (...) Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento (...). Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, §3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, §4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). (...). Multiplicidade de vínculos parentais. (...) concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade.</i> ” JAgrg-RE nº 477.554/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO e |

ADPF n° 132/RJ, Min. AYRES BRITTO

Reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar: “O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares.”

10 – A cartilha ética do STF, vê-se, prega o culto à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à igualdade, ao pluralismo, à intimidade, à não-discriminação e, em essência, ao direito à felicidade. No mesmo caminho, a CF/88 (art. 226 e art. 227) e o ECA conferem preponderância à família e, notadamente, à proteção prioritária e preferencial da criança e ao direito à convivência familiar.

11 – O que a CF/1988 e os brasileiros repudiam – aí em uníssono – são os atos de desamor, que, aliás, ocorrem – infelizmente – entre pessoas solteiras, viúvas, casadas, celibatárias, heterossexuais ou homoafetivas.

12 – Para solução da controvérsia, convém logo que se afirme, consoante se extrai do olhar do STF, que, notadamente em lides envolvendo “*hard cases*”, os princípios sobrepõem-se ou, quando menos, calibram as regras, como o fito de melhor normatizarem os casos, ampliando aqui ou reduzindo alhures o campo normativo.

13 – É, pois, sob a ótica da principiologia constitucional que se deve ler a amplitude da “licença-maternidade”. Lembre-se, de já, que – de 1988 a 2017 – dita licença, como também a por paternidade, vem recebendo sutis (mas firmes) redirecionamentos jurisprudenciais e legais (ver as Leis n° 8.213/1991 e n° 8.112/1990 e a CLT), inclusive, no sentido de reconfigurá-la, ampliando-a a hipóteses outras, seja quanto às pessoas/hipóteses abrangidas, seja quanto aos prazos.

14 – Denota-se que se tem tentado dar contornos concretos – tateando no terreno da vida real – à vontade constitucional de que o(s) responsável(is) por criança(s), por liame adveniente de vínculos biológicos ou sócio-afetivos, permaneçam certo tempo afastados do trabalho, com remuneração, para melhor adaptação à nova realidade que a paternidade e/ou maternidade inevitavelmente carregam.

15 – Não tenho dúvidas de que, em breve (seja por atuação direta do STJ e/ou do STF, em ativismo judicial, seja “*de lege ferenda*”), dita “licença” receba, inclusive, uma qualificação adjetiva mais adequada ao espírito que a anima (“e.g.”: licença “para convivência familiar inicial”). E, ainda, de que seja mais flexível nas maneiras mediante a introdução de “cláusulas gerais” e “conceitos jurídicos indeterminados”.

16 – Tal permitirá ao Administrador Público e ao Poder Judiciário adequar, com mais celeridade, citada figura jurídica aos casos mais peculiares, como – por exemplo – filhos portadores de doenças graves ou adotados em situação de refúgio, abuso, advindos de comunidades tradicionais (indígenas, quilombolas) ou demais situações nas quais a convivência – pela sutileza/delicadeza exigida – seja mais necessária do que o usual.

17 – Não se pode desconsiderar que casais homoafetivos necessitam mais de se apoiarem no cotidiano social, nesta fase inicial. Eles serão obrigados a aprender a lidar com o preconceito e a perplexidade (e resistir a eles) pelos quais passarão, em consultas, nos parques, na vida da maternidade, em contexto estressor que merece olhar mais condescendente (como em qualquer caso de casal ou solteiro que passe por panoramas mais distintos que o usual). Sem paz aos responsáveis pela redoma, que é o lar, não há criança estável que surja.

18 – Alguns até dirão que licença em tal forma é privilégio, porque, no normal, muitas mulheres solteiras, viúvas ou em relação heterossexual tiveram dificuldades na fase de pós-nascimento dos filhos e na amamentação e nem por isso gozaram de flexibilizações.

19 – O argumento não convence. Invocar a própria dor para negar que outro não a tenha não é direito é, antes, sentimento outro (que beira revanche); se direito fosse, deveria ter gerado o direcionamento de tal energia à via administrativa, judicial ou à pressão legislativa para melhor performance/ajuste do instituto.

20 – Noticie-se que as “ações afirmativas”, favorecendo grupos minoritários, além de serem premissas da ONU/OEA, são abonadas pelo STF, desde que legítimo o tratamento díspar (ADC n° 41/DF e AgRg-RMS n° 32.732/DF).

21 – A doutrina atualmente aponta 03 dimensões da igualdade: “formal” (na geração e na aplicação da lei, obstando “privilégios” [distinções sem justa causa]), “material” (efetiva redistribuição de poder social) e “como reconhecimento simbólico/cultural” (respeito/tolerância e criação de redes de proteção a minorias vulneráveis), favorecendo a existência de um mundo potencialmente aberto à diferença.

22 – Na hipótese presente, tem-se que a relação entabulada e a gravidez em si já ostentam a nota da distinção, que sempre suscita perplexidades e enigmas (bioéticos, filosóficos, religiosos, sociais).

23 – Por tudo acima dito, opto pela vida. Pela vida que é criativa em insistir, por vezes contra tudo e contra todos. Pelas idiossincrasias e vicissitudes da humanidade. Prefiro a sutileza da criança proveniente da paternidade/maternidade diferente e de quase árdua compreensão do que a banalidade generalizada do mal contemporâneo global e difuso.

24 – Alinhavando tais digressões ao pragmatismo próprio às decisões judiciais e em se tratando de antecipação de tutela de urgência, que se processa em nível de cognição sumária, tenho por possível a antecipação de tutela recursal, hajam vista as dificuldades de amamentação da consorte e o fato de ela/autora se encontrar hábil para tanto (há afirmação médica cabal em tal direção) e pela dupla maternidade biológica, que se alinhavam com as já ditas dificuldades

sociais e psicológicas de aceitação/acomodação da natureza da relação e, ainda, ao ponto fulcral de que há óbvio risco de perecimento do direito, sem que se possa, adiante, repará-lo (a ampulheta do tempo vai célere).

25 – Há, pois, duplos direitos que se conjugam e se aninham, agrupando e catalisando cuidado e proteção: o direito de as mães amamentarem e o direito de a criança ser nutrida por ambas, e com com elas conviver integralmente neste estágio..

26 – Há várias decisões judiciais de apoio à pretensão. Cito os Autos (TRF2/T2) nº 0013623-17.2015.4.02.0000. Invoco os precedentes aludidos pela autora. E confiro especial relevância a esta noticiada no site do CNJ (25/AGO/2015, 09h17) na qual casal homoafetivo composto de homens obteve licença-maternidade por adoção:

*“Há quatro meses o supervisor de call center Fernando Furquin não dorme direito, mas nunca esteve tão feliz. Ele e seu companheiro adotaram um casal de irmãos de oito e nove anos de idade, e Fernando obteve licença-maternidade para adaptar as crianças à nova família (...). Fernando é um dos 35 homens brasileiros que conseguiu a licença-maternidade em 2015, destinada a homens que adotam – sejam casais homoafetivos ou homens solteiros – e a pais de crianças cuja mãe morreu durante o parto. (...). “O período de licença foi muito importante para que eles entendessem a composição de nossa família, o papel de cada um. Também foi muito bom para eles chegarem da escola todos os dias e terem o pai esperando nesse início”, conta Fernando. (...)”*

27 – Colaciona-se – “obiter dictum” – link consignando liberalidade de empregador privado que deferiu dupla licença-maternidade a casal homoafetivo de mulheres que, por gravidez provinda de fecundação assistida, gerou gêmeos: <http://economia.estadao.com.br/blogs/radar-do-emprego/2014/11/16/casal-de-mulheres-obtem-licenca-maternidade/>.

28 – Impende reforçar que – veja-se – até em favor das mães presas (com filhos de até 12 anos) há, doravante (art. 318, V, do CPP, c/c Lei nº 13.257/2016), direito à permanecerem em seus lares, a benefício da criança, denotando tratamento igualmente ímpar frente a outros, fundado – como se observa – em diferencial justificável.

29 – Se, após cognição exauriente, a sentença e o acórdão porventura outro posicionamento destilarem é conjectura que, diante dos argumentos que acima delinei, não vislumbro nesta sede. A questão, aliás, tem aptidão, em tese, para alcançar o STJ e o STF, pelo quilate das normas que tangencia.

30 – Pelo exposto, em reconsideração ante os fatos novos, com especial olhar sobre as necessidades prioritárias da criança e ao princípio da proteção integral e, ainda, ante a igualdade como reconhecimento simbólico/cultural, **DEFIRO a tutela recursal cautelar de urgência para assegurar à autora/agravante o gozo da licença-maternidade pelos prazos legais previsto no art. 207 da Lei nº 8.112/1990.**

31 – Oportunize-se contrarrazões pela parte agravada.

32 – Publique-se. Intime-se.

33 – Após, voltem-me para submissão vindoura ao Colegiado do recurso em si, a tempo e modo.





Este livro foi impresso em papel Off-Set 75g,  
com tipografia Bembo Std 12/14.