

Cadernos

*da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo*

n. 2, 2017

Direito das Mulheres **Gênero, Direitos Humanos** **e sistema de justiça**

ISBN 978-85-92898-02-1



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

EDEPE Escola
da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo

©2017 EDEPE

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE

Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

n.2 - 2017 – ISSN 2526-5199

Defensor Público Geral

Davi Eduardo Depiné Filho

Defensor Público Diretor da EDEPE

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Defensores Públicos Assistentes da EDEPE

Bruno Vinicius Stoppa Carvalho

Rafael Folador Strano

Conselho Editorial

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Bruno Vinicius Stoppa Carvalho

Rafael Folador Strano

Diagramação e Projeto Gráfico

Laura Schaer Dahrouj

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE

Rua Boa Vista, 103 - 12º andar

CEP 01014-001 - São Paulo-SP

Tel.: (11) 3101-9454

escola@defensoria.sp.def.br

Todos os direitos reservados à Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher
Maíra Cardoso Zapater (Org.)

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Gênero, Direitos Humanos e sistema de justiça

1ª edição

São Paulo
Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
2017



Este volume dos Cadernos foi apoiado pelo
**Núcleo Especializado de Promoção e
Defesa dos Direitos da Mulher**

Defensora Pública Coordenadora

Ana Rita Souza Prata

Defensora Pública Coordenadora Auxiliar

Yasmin Oliveira Mercadante Pestana

APRESENTAÇÃO DA SÉRIE

No exercício de sua missão constitucional de realizar a assistência jurídica gratuita aos necessitados (art. 134, da Constituição Federal), a Defensoria Pública veicula ao sistema de justiça realidades e pleitos até então inexplorados pela doutrina jurídica tradicional. Esta atuação peculiar, criativa e inovadora merece o respectivo registro.

Publicados pela Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE, os Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo pretendem concentrar a produção de conhecimento pautada pela vulnerabilidade dos usuários dos serviços de assistência jurídica gratuita, consolidando artigos, pesquisas, anais de eventos, dentre outras produções de Defensores/as Público/as e Servidores/as da Instituição.

Embora este caminho já tenha sido trilhado por outros atores e instituições, é certo que ainda se encontra em seus passos iniciais, de modo que a série ora apresentada pretende somar e contribuir para a construção de arcabouço de produção escrita que não apenas reproduza os institutos doutrinários clássicos, mas que inove e tenha como objetivo a consecução dos direitos da população vulnerável.

A série é dividida em onze áreas temáticas: 1. Cidadania e Direitos Humanos; 2. Ciências Penais; 3. Infância e Juventude; 4. Direito das Famílias e Sucessões; 5. Direito Processual e Litigância Estratégica; 6. Habitação e Urbanismo; 7. Direito das Mulheres; 8. Diversidade e Igualdade racial; 9. Direitos da Pessoa Idosa e da Pessoa com Deficiência; 10. Direito do Consumidor; 11. Questões Institucionais e Atuação Interdisciplinar.

A EDEPE está à disposição para críticas e sugestões através do e-mail: escola@defensoria.sp.def.br



Sumário

Apresentação deste volume.....	7
Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica.....	11
<i>Ana Paula de Oliveira Meirelles Lewin</i>	
<i>Ana Rita Souza Prata</i>	
Tutela jurídica e políticas públicas direcionadas às pessoas trans, analisadas a partir de um caso concreto.....	24
<i>Andrea da Silva Lima</i>	
<i>Thaís de Campos</i>	
A ausência de competência híbrida real nos juizados especiais de violência doméstica e familiar.....	38
<i>Danilo Martins Ortega</i>	
<i>Paula Sant'Anna Machado de Souza</i>	
Esterilização voluntária feminina durante o parto ou no pós-parto imediato: os desafios do planejamento familiar.....	46
<i>Yasmin O. Marcadante Pestana</i>	
<i>Helena Lahtermaher Oliveira</i>	
Por que falar de <i>gênero</i> no ensino jurídico?.....	61
<i>Maíra Zapater</i>	
A luta por reconhecimento das mulheres em situação de violência: uma trajetória de avanços?.....	72
<i>Nálida Coelho Monte</i>	
<i>Priscila Aparecida Lamana Diniz</i>	



Apresentação

Os artigos reunidos para essa edição dos Cadernos da Defensoria foram produzidos como trabalho final do curso *Gênero, Direitos Humanos e sistema de justiça*.

O projeto foi concebido pelo Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (gestão 2014-2016), a partir da percepção da crescente judicialização de demandas de movimentos sociais após a Constituição Federal de 1988 (primeira Constituição a estabelecer expressamente a igualdade jurídica entre mulheres e homens), que fez surgir a necessidade de conhecimento crítico sobre a construção das teorias de gênero pelos atores do sistema de justiça.

A edição inaugural do curso consistiu em um projeto-piloto em parceria estabelecida entre o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e a Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, realizado entre 16/01 a 02/04 de 2016, em um total de 09 encontros com aulas semanais de 4 horas de duração realizadas aos sábados no auditório do IBCCrim em São Paulo. A metodologia combinou aulas expositivas e dinâmicas em grupo tais como debates, exercícios de simulação e seminários, sempre com vistas a estimular a reflexão e o olhar crítico dos participantes.

Os temas abordados foram escolhidos e coletivamente construídos em reuniões da coordenação do curso com a coordenação da EDEPE e as Defensoras da equipe do NUDEM, para que atendessem às expectativas e demandas concretas do cotidiano da carreira. Nessa primeira edição, foram privilegiados os temas relacionados aos Direitos Humanos das mulheres e da população LGBTTI, sempre relacionando a demanda jurídica específica decorrente da discussão acadêmica, como, por exemplo, o reconhecimento das especificidades de gênero em processos judiciais e seus atos, direito ao nome social para pessoas transsexuais, ações judiciais decorrentes de violência obstétrica, entre outros. Mas restam registradas as sugestões dos participantes para novas edições que contemplem a inclusão de discussões sobre direito ao aborto; masculinidades e violência; especificidades da população LGBTTTI e a história dos movimentos feministas.

O curso foi dividido em oito encontros. A mim, Maíra Zapater, além da coordenação do curso, couberam as três aulas iniciais, sobre os temas "Direitos Humanos das Mulheres", "Desconstruindo o sexo biológico" e "Violência de gênero e violência doméstica". Na sequência, a professora Laura Mattar¹ ministrou a aula "Direitos sexuais e reprodutivos". A 5ª aula ficou ao encargo da professora Tatiana Perrone², com o tema "Gênero e família". Nas aulas

¹ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Mestre (LLM) em Direitos Humanos e Direito Internacional Criminal pela University of Sussex, Inglaterra (2002). Especialista em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2003-2004). Visiting scholar na Mailman School of Public Health de Columbia University, em Nova Iorque (2009-2010). Doutora em Saúde Pública pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (2011)

² Graduada em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo (2008) e mestrado em Ciência Social (Antropologia Social) pela Universidade de São Paulo (2011). Atualmente é doutoranda em Antropologia Social na Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Atua como pesquisadora no Núcleo de Antropologia do Direito (Nadir/USP) e no Núcleo de Pesquisa do IBCCRIM. Tem experiência na área de



6 e 7, discutiu-se o tema "Direitos da população LGBTTTT", primeiro sob o recorte da criminalização da homofobia", com a professora Ana Gabriela Braga³, e depois sob o prisma das pessoas trans em privação de liberdade, com as professoras Gorete Marques⁴ e Natália Sanzovo⁵. A aula 8 cuidou do tema do "Feminicídio", e foi ministrada pelas professoras Bruna Angotti⁶ e Regina Stela Vieira⁷.

Sociologia e Antropologia, atuando principalmente nos seguintes temas: mediação de conflitos, conciliação, acesso à justiça, violência de gênero e sistema de justiça criminal.

³ Doutora e mestre em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de São Paulo; graduada em Direito pela mesma instituição. Gozou de bolsa CAPES de doutorado (sanduíche) junto ao Departamento de Antropologia da Universitat de Barcelona. É professora da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP- campus Franca. Coordena o NEPAL (Núcleo de Estudos e Pesquisa em Aprisionamentos e Liberdades), o Centro Interdisciplinar de Estudos em Gênero (CIEPEDIG), além do projeto de Extensão CADEIA na Cadeia Feminina de Franca. É pesquisadora do NADIR - Núcleo de Antropologia do Direito (FFLCH- USP) e do Núcleo de Pesquisa do IBCCRIM. Recentemente foi coordenadora da pesquisa "Dar à Luz na Sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício de maternidade por mulheres em situação de prisão"; realizada no âmbito do Projeto Pensando o Direito da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) (2013- 2014) e da pesquisa "Diagnóstico dos serviços prisionais no Brasil"; (2015) no âmbito do mesmo projeto e em parceria com o DEPEN. Trabalha nas áreas de Criminologia, Execução Criminal, com aproximações da Antropologia do Direito, Psicologia Jurídica e Estudos de Gênero

⁴ Pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência da USP (NEV/USP) e Professora da ETEC-CEPAM. Doutora em Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação do Departamento de Sociologia da Universidade de São Paulo (FFLCH-USP). Mestre em Sociologia pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da USP. Licenciada e Graduada em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP (FFLCH/USP).

⁵ Mestranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Advogada (OAB/SP 290.884). Coordenadora-adjunta do Grupo de Diálogo Universidade-Cárcere-Comunidade (GDUCC), atividade de extensão universitária da FDUSP. Coordenadora adjunta do Grupo de Estudos Avançados de Escolas Penais e do 14º Laboratório de Ciências Criminais de São Paulo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Coordenadora adjunta do Grupo de Estudos avançados sobre as Modernas Tendências do Delito, coordenado pelo Professor Dr. Alexis de Couto Brito, na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Monitora bolsista do Estágio Supervisionado em Docência, do Programa de Aperfeiçoamento de Ensino (PAE) da FDUSP. Membro efetivo da Comissão de Política Criminal e Penitenciária da OAB Ordem dos Advogados do Brasil. Possui graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2008), com extensão acadêmica Internacional pelo programa de Intercâmbio da Universidade de Coimbra Portugal (1º semestre de 2007). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, Execução Penal e Criminologia.

⁶ É doutoranda (2014 -2017) e mestre em Antropologia Social pela Universidade de São Paulo (2011) e especialista em Criminologia pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (2010). Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (2006) e graduação em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2007). É pesquisadora do Núcleo de Antropologia do Direito - Nadir. Atualmente é coordenadora adjunta de pesquisa e trabalho de conclusão de curso e professora de metodologia da pesquisa jurídica e de antropologia jurídica na graduação em direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie, em São Paulo (UPM-SP). É vice-líder do grupo de pesquisa "Mulher, Sociedade e Direitos Humanos", na Universidade Presbiteriana Mackenzie. É membro suplente do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT). Atuou como pesquisadora e coordenadora de projetos na organização não governamental Conectas Direitos Humanos (2007 a 2009) e no Instituto Sou da Paz (2012-2013). Trabalhou como assistente de pesquisa no CPDOC/FGV-SP (2012) e como professora da Universidade Braz Cubas (2012-2013). Recentemente foi co-coordenadora da pesquisa "Dar à Luz na Sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício de maternidade por mulheres em situação de prisão"; realizada no âmbito do Projeto Pensando o Direito da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) (2013- 2014). Foi coordenadora chefe do núcleo de pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM (2013-2016), e atualmente é coordenadora adjunta do núcleo de pesquisas IBCCRIM.



No último encontro, as alunas e alunos apresentaram projetos de artigos finais. Parte desse resultado pode ser conferida aqui, pela reunião dos textos de participantes que se engajaram no desafio de produzir um artigo científico em meio ao sempre atribulado cotidiano de trabalho, lançando-se corajosamente na experiência de olhar o sistema de justiça sob novas perspectivas e compartilhá-lo em uma publicação, contribuindo para a produção do conhecimento e para a aproximação do saber acadêmico e a atividade profissional do operador do Direito.

Ana Paula de Oliveira Meirelles Lewin e Ana Rita Souza Prata apresentam o artigo *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, em que abordam a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito dos standards internacionais referentes à garantia dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos das mulheres a partir da análise do caso conhecido como *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*.

Andrea da Silva Lima e Thaís de Campos contribuíram com o artigo *Tutela jurídica e políticas públicas direcionadas às pessoas trans analisadas a partir de um caso concreto*, em que as autoras analisam a proteção da transexualidade no ordenamento jurídico a partir do exame de um caso concreto em que se denegou o fornecimento de auxílio alimentação a uma pessoa moradora do interior do Estado em processo de transexualização na Capital, sem condições financeiras de arcar com os gastos de alimentação durante as viagens.

Danilo Martins Ortega e Paula Sant’Anna Machado de Souza apresentam o artigo *A ausência de competência híbrida real nos juizados especiais de violência doméstica e familiar*, no qual realizam um levantamento histórico sobre as motivações da criação dos juizados especiais, dentre eles o juizado especial de violência doméstica, a partir da constatação da experiência prática de atuação no juizado e nas varas de família do Foro de São Miguel Paulista (SP capital).

Helena Lahtermaher Oliveira e Yasmin O. Mercadante Pestana integram a publicação com o artigo *Esterilização voluntária feminina durante o parto ou no pós-parto imediato: os desafios do planejamento familiar*, em que discutem a possibilidade de esterilização voluntária feminina, durante o período de parto ou no pós-parto imediato, à luz da Lei de Planejamento Familiar (Lei nº 9.263/96) e as restrições impostas pelo instrumento legal.

Náilda Coelho Monte e Priscila Aparecida Lamana Diniz elaboraram o artigo *A luta por reconhecimento das mulheres em situação de violência: uma trajetória de avanços?*, em que analisam o processo de reconhecimento das mulheres em situação de violência como sujeitos de Direito a partir da concepção forjada por Axel Honneth sobre as três esferas de reconhecimento.

Por fim, aceitando com alegria o honroso convite para contribuir para essa edição dos Cadernos da Defensoria com um artigo meu, proponho em meu texto a seguinte pergunta às

⁷ Doutoranda e Mestra em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com enfoque no trabalho das mulheres, cuidado e estudos de gênero. Graduada em Direito na mesma instituição. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP): Doutorado (2017). Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital (USP) e do Grupo de Pesquisa Mulher, Sociedade e Direitos Humanos (Mackenzie).



leitoras e leitores: *Por que falar de gênero no ensino jurídico?*, lançando elementos para pensar a importância de trazer a discussão sobre as relações de gênero para o ensino jurídico no Brasil.

Boa leitura!

Maíra Cardoso Zapater

Doutora em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da USP

Professora e coordenadora do curso *Gênero, Direitos Humanos e Sistema de Justiça*

Coordenadora-adjunta do Núcleo de Pesquisas do IBCCrim de 2013 a 2016.



Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica:

Consequências da Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos
como Garantia de Direitos Sexuais e Reprodutivos das Mulheres

Artavia Murillo and others vs. Costa Rica:

Consequences of the Inter-American Court of Human Rights decision to
guarantee sexual and reproductive rights of women

Ana Paula de Oliveira Meirelles Lewin

Defensora Pública

ameirelles@defensoria.sp.def.br

Ana Rita Souza Prata

aprata@defensoria.sp.def.br

Defensora Pública

Querer ser livre é também querer livre os Outros

Simone de Beauvoir

Resumo

Trata-se de artigo que visa discutir a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mais especificamente a decisão do caso conhecido como Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, e a necessária adoção, pelo Estado brasileiro, de tais standards, especialmente no que se refere à garantia dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos das mulheres.

Apesar do caso se referir a fertilização In vitro, houve, pela primeira vez, enfrentamento pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos acerca da garantia do direito à vida desde a concepção.

O artigo não esgota o tema, mas analisa, a partir dessa decisão como a descriminalização e consequente legalização do abortamento no país deve ser compreendida como direitos das mulheres.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos Sexuais e Reprodutivos. Aborto.

Abstract

This article aims to discuss the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, more specifically the decision involving the case Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, and the necessary adoption by the Brazilian State of such standards, especially to ensure sexual and reproductive rights of women.

Although the case refers to in vitro fertilization, for the first time, the Inter-American Convention on Human Rights faced the right to life since conception.

The article does not end the theme, but analyzes, since this decision, how the decriminalization and legalization of abortion in the country should be understood as women's rights.

Keywords: *Inter-American Court of Human Rights. Sexual and Reproductive Rights. Abortion*



Apresentação

O artigo tem finalidade de analisar a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso n.º 12.361, chamado *Artavia Murillo y Otros (Fertilização in vitro) vs. Costa Rica* e as consequências dessa decisão na interpretação conferida ao artigo 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Brasil em 1992.

O caso se refere a uma discussão sobre a possibilidade da técnica de fertilização *in vitro* ser autorizada na Costa Rica, sendo que argumentos contrário ganharam força naquele país a ponto da Corte Suprema declarar a prática inconstitucional.

O Artigo 4 do Pacto de San José da Costa Rica fala do direito à vida, sendo que o 4.1 confere direito à vida desde a concepção, sendo uma garantia fundamental sempre evocada como justificativa a se limitar direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Vale trazer o dispositivo.

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

De fato, nos termos da decisão, que será melhor analisada a seguir, essa norma não mais tem caráter absoluto como quer levar a crer alguns.

O dispositivo é forte argumento na manutenção do *status quo* em muitos países, inclusive no Brasil, quando se fala do direito ao aborto legal. Desta feita, um dos intuitos deste artigo, é trazer uma breve exposição da legislação brasileira, com uma breve comparação com outros países e a legislação internacional de direitos humanos e analisar todo este cenário frente a decisão da Corte.

Direito ao aborto legal e seguro é uma pauta antiga dos movimentos feministas, os quais se utilizam de argumentos com base legal forte e de fundamentação legal. O tema, entretanto, deve ser enfrentado em nosso país como uma pauta não só feminista, mas das mulheres como um todo, principalmente daquelas mais vulneráveis, negras e pobres, que sofrem com as consequências da criminalização do aborto não só em sua prática, eis que são as maiores vítimas da criminalização, mas também em seu debate.

Por esta razão, a discussão sobre os argumentos da Corte em relação ao caso n.º 12.361 é demonstrar e reforçar de que o direito ao aborto deve ser garantido sob pena de se praticar mais violações de direitos das mulheres.

Caso *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*

Trata-se de caso em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu, em setembro de 2012, por declarar o Estado da Costa Rica violador de Direitos Humanos, mais especificamente direito a vida privada e familiar, direito a integridade, autonomia, saúde sexual



e reprodutiva, de gozar dos benefícios do progresso científico, além do princípio da não discriminação.

A questão discutida se referia ao direito das mulheres costarriquenhas realizarem fecundação *in vitro*, entendida como uma das técnicas da reprodução assistida, que consiste na retirada de óvulos da mulher, sendo feita a fertilização com espermatozoides em laboratório e posterior implantação no útero da mulher. A implantação se dá após a confirmação do processo de fecundação e pode ocorrer até cinco dias após a fertilização, período em que há um desenvolvimento embrionário – há fase de zigoto, mórula e blastocisto.

O procedimento foi permitido e regulamentado na Costa Rica em 1995 através de um decreto emitido pelo Ministério da Saúde – *Decreto Ejecutivo* n.º. 24029-S.

A norma foi questionada junto a Corte Suprema do país por um Recurso de Inconstitucionalidade. Diversos argumentos foram utilizados para tanto, sendo importante trazer um deles, qual seja, a *vida humana se inicia desde el momento de la fecundación, por lo tanto, cualquier eliminación o destrucción de concebidos – voluntaria o derivada de la impericia del médico o la inexactitud de la técnica utilizada – resultaría en una evidente violación al derecho a la vida contenido en la Constitución costarricense*. Houve menção, ainda, a Convenção Americana de Direitos Humanos, entre outros documentos internacionais.

A Corte Suprema, em sua maioria, no ano 2000, acatando o pleito, declarou inconstitucional o decreto que permitia a fertilização *in vitro* por atentarem a vida e a dignidade do ser humanoⁱ. Após referida decisão, houve algumas tentativas de garantir esse direito a determinadas pessoas, em ações individuais, mas todos os pedidos foram negados pela corte maior do país.

Em 2001 o caso foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanosⁱⁱ que o admitiu em 2004ⁱⁱⁱ e analisou seu mérito em 2010^{iv}. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos entendeu que a decisão emanada pela Corte Suprema da Costa Rica violava tratados de Direitos Humanos, propondo recomendações ao Estado, que não os cumpriu, levando a Comissão a acionar a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A solicitação da Comissão era de declaração de responsabilidade do Estado da Costa Rica por violar os artigos 11.2, 17.2 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos, violando ainda, em prejuízo as partes do processo, os artigos 1.1 e 2 do mesmo documento. Vejamos.

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

Artigo 17 - Proteção da família.

2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.

Artigo 24 - Igualdade perante a lei



Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.

Além destes, uma das partes no processo alegou violação dos artigos 4.1, 5.1 e 7. Vale transcrevê-los:

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal.

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.

5. 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 e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

A Corte Interamericana acatou os argumentos, condenando a Costa Rica por violar direitos humanos, principalmente daquelas pessoas que tiveram seus tratamentos interrompidos com a decisão em proibir a reprodução assistida no país.

A decisão é baseada nos artigos acima descritos, quais sejam, 5.1, 7, 11.2, 17.2, e 1.1, com relação às pessoas prejudicadas. Nos termos do artigo 63.2 da Convenção, todas as pessoas prejudicadas devem receber reparação, sendo no caso, determinado acompanhamento psicológico, imediato e gratuito, por até quatro anos a todas as pessoas que tiveram uma decisão abrupta e desproporcional em sua vida privada. Ainda, determinou que fossem as partes indenizadas pelos danos sofridos.



Mas não só. A sentença determinou que o Estado regulasse a possibilidade das pessoas terem acesso a meios de reprodução assistida, publicasse a sentença e implementasse programas e cursos permanente de educação e capacitação em Direitos Humanos, direitos reprodutivos e discriminação aos funcionários do sistema de justiça, em todas as suas escalas.

Aspecto Relevante – Interpretação Conferida ao Art. 4.1

Um dos argumentos analisados no caso acima descrito era a violação ao direito à vida desde a concepção, nos termos do descrito no art. 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, como já mencionando anteriormente.

Conforme já descrito, essa argumentação foi usada pela Corte Constitucional costarrriquenha para declarar o decreto que permitia e regulamentava a técnica de fertilização *in vitro* inconstitucional. Para eles, esse artigo previa uma proteção absoluta ao embrião.

No caso levado à Comissão e, posteriormente, à Corte, mereceu destaque essa normativa. De fato, até esse caso, as decisões da Corte se referiam mais ao não reconhecimento desse direito pelos Estados, elevando-o a direito fundamental, essencial ao exercício de quaisquer outros direitos^v.

Resumindo, até então, o direito à vida era visto, nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como obrigações estatais, negativa ou positiva, quais sejam, proibição de privar alguém de sua vida arbitrariamente e obrigação de se proteger e preservar esse direito.

De modo diverso, o exercício interpretativo feito no julgamento do caso analisado objetivou entender a extensão do direito à vida desde a concepção.

Inicialmente coube a Corte analisar o conceito de concepção e, de forma diferente de outros tribunais constitucionais ou internacionais, que entenderam que não cabiam a eles definir quando se iniciava a vida, decidiu enfrentar essa questão, definindo que não há concepção de forma independente do corpo da mulher e que, por tal razão, ela pode ser interpretada, geralmente, como a implantação, ou seja, momento em que o zigoto se estabelece no útero.

A manifestação da Corte se deu no seguinte sentido:

(...) luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” em el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento em que el embrión se implanta em el útero, razón por cual antes de este evento no habria lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención.^{vi}

Pois bem. Decidido o que se pode entender como concepção, passou-se análise do que quis dizer o dispositivo ao mencionar “em geral”. Em interessante análise interpretativa sistemática e histórica, a Corte recria as discussões em torno desse dispositivo quando de sua criação, além de como ele deve ser observado a partir do artigo I da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem^{vii}, chegando a conclusão de que não era intenção elevar o embrião ao status de pessoa.



Na verdade, claramente, chega-se a conclusão de que a concepção é protegida porque se pretende proteger a mulher grávida, já que aquela ocorre dentro do corpo dessa, ou seja, a proteção do não nascido se realiza através da proteção da mulher^{viii}.

Eis o texto da decisão:

(...) se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer.^{ix}

Essa também foi conclusão dada pela Corte num exercício de interpretação evolutiva e, levando em conta o princípio da interpretação mais favorável ao objeto e finalidade do Tratado. Nesse último aspecto, percebe-se que o direito à vida desde a concepção não é absoluto quando em conflito com outros direitos previstos no mesmo documento e já garantidos em precedentes emanados por órgãos constitucionais, sendo que a cláusula “geralmente” permite uma ponderação dos direitos em conflito.

Vale trazer trecho extraído da decisão.

La interpretación del artículo 4.1 de la Convención indica que el ejercicio de una facultad concebida por dicho instrumento internacional, no está exento de escrutinio de la Corte cuando interfiere con el ejercicio de otros derechos establecidos en el mismo, tales como, em el presente caso, los derechos a la vida privada, familiar, autonomía y a fundar una familia.

Assim, o art. 4.1 de fato garante direito à vida desde a concepção, essa considerada momento de implantação do conceito – zigoto, mórula ou blastocisto – no útero da mulher, no entanto, o faz sem esquecer dos direitos fundamentais da mulher gestante, sendo certo que em caso de conflitos de direitos entre eles, o direito da mulher, essa sim com *status* de pessoa, prevalecem.

Assim, se apresenta a conclusão da Corte:

La Corte há utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes em el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” em el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento em que el embrión se implanta em el útero, razón por la cual antes de este evento no habria lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “em general” que la protección del derecho a la vida com arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye um deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedência de excepciones a la regla general.^x

E a partir, portanto, desta nova interpretação, outros fundamentos se agregam na fundamentação legal para a descriminalização do aborto, buscando possibilitar a efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, bem como assegurar a realização do aborto de forma legal, temas que abordaremos na sequência.



Direitos Sexuais e Reprodutivos

No conceito da Organização Mundial de Saúde – OMS, saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental, social e não somente ausência de afecções e enfermidades. A saúde sexual e a saúde reprodutiva estão claramente inseridas nesse conceito. Na verdade, o que se verifica, é que o conceito de saúde é amplo e pode ser analisado em suas diversas facetas, no entanto, é indivisível o direito à saúde.

Direito à saúde é um direito fundamental o sendo, de igual forma, os direitos sexuais e direitos reprodutivos. Mas o que seriam tais direitos?

A saúde reprodutiva foi o primeiro aspecto a ser elevado à um direito fundamental. Claro que desde a chamada revolução sexual, a descoberta da pílula anticoncepcional, nas décadas de 1950 e 1960, o direito à liberdade e autonomia da mulher era pauta dos movimentos feministas, no entanto, apenas em 1994, em Cairo, houve avanço no compromisso dos Estados em garantir tais direitos. Vejamos o previsto artigo 7.2, do Capítulo VII^{xi}.

A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não de mera ausência de doença ou enfermidade, em todos os aspectos relacionados ao sistema reprodutivo, suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tendo a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes deve fazê-lo. Está implícito nesta última condição o direito de homens e mulheres de serem informados e de terem acesso aos métodos eficientes, seguros, aceitáveis e financeiramente compatíveis de planejamento familiar, assim como a outros métodos de regulação da fecundidade a sua escolha e que não contrariem a lei, bem como o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que propiciem às mulheres as condições de passar com segurança pela gestação e parto, proporcionando aos casais uma chance melhor de ter um filho sadio. Em conformidade com a definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de método, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo os problemas de saúde reprodutiva. Isto inclui igualmente a saúde sexual, cuja finalidade é a melhoria da qualidade de vida e das relações pessoais e não o mero aconselhamento e assistência relativos à reprodução e às doenças sexualmente transmissíveis.

Da mesma forma em Pequim^{xii}, no ano seguinte, tais direitos foram previstos como meta a serem atingidas pelos Estados, reforçando tais conceitos.

O que se verifica é que a saúde sexual até então era verificada como um viés da saúde reprodutiva. Apenas após a década de 1990 e o fortalecimento dos movimentos de direitos LGBTs é que houve um entendimento de que esse é um direito fundamental autônomo em relação ao direito reprodutivo.

De toda maneira, hoje é clara a noção de que ambos são direitos fundamentais, que podem ser exercidos de forma autônoma apesar de estarem intimamente ligados. Sobre eles, vale transcrever uma lista desses direitos, em suas categorias.

São direitos reprodutivos o direito das pessoas decidirem, de forma livre e responsável, se querem ou não ter filhos, quantos filhos desejam ter e em que momento de suas vidas; o direito de acesso a informações, meios, métodos e técnicas para ter ou não ter filhos; e o direito de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminação, imposição e violência.



Sobre os direitos sexuais, vale descrever como direito de viver e expressar livremente a sexualidade sem violência, discriminações e imposições, e com total respeito pelo corpo do(a) parceiro(a); direito de escolher o(a) parceiro(a) sexual; de viver plenamente a sexualidade sem medo, vergonha, culpa e falsas crenças; direito de viver a sexualidade, independentemente de estado civil, idade ou condição física; direito de escolher se quer ou não quer ter relação sexual; direito de expressar livremente sua orientação sexual: heterossexualidade, homossexualidade, bissexualidade; direito de ter relação sexual, independentemente da reprodução; direito ao sexo seguro para prevenção da gravidez e de doenças sexualmente transmissíveis (DST) e Aids; direito a serviços de saúde que garantam privacidade, sigilo e um atendimento de qualidade, sem discriminação; e o direito à informação e à educação sexual e reprodutiva.

O que se objetiva ao separar tais direitos é justamente demonstrar que o exercício da sexualidade, o prazer, a prática sexual deve ser livre e desvinculada da ideia de reprodução, como já ocorreu. E sobre a reprodução, que essa deve ser uma escolha.

E uma das consequências dessa liberdade em escolher reproduzir, se, quando e como, é o direito ao aborto legal. Nesse ponto de vista, o aborto legal é um direito reprodutivo e por assim ser, fundamental, deve ser garantido.

Direito ao Aborto Legal

Parte-se do pressuposto que o aborto é um direito fundamental reprodutivo, conforme já afirmado. Contudo, ele não é permitido em diversos países, como no Brasil. Como isso seria possível?

Inicialmente há que se entender melhor o tema. Abortamento é a interrupção da gravidez até a 20^a ou 22^a semana e com o produto da concepção pesando menos que 500g. Já aborto é o produto da concepção eliminado no abortamento^{xiii}. Isso significa que abortamento só pode ser feito até um tempo de gestação mesmo em locais onde a prática é permitida legalmente. Isso é justificado pelo fato de após tal período, o feto tem viabilidade de vida extrauterina, chamando o procedimento, nos casos permitidos além desse período, de antecipação do parto^{xiv}.

A interrupção da gravidez é crime no Brasil. Tal conduta está tipificada nos arts. 124 a 127, do Código Penal, sendo certo que o art. 128 traz as hipóteses de excludente de tipicidade. Ainda, há a hipótese de autorização decorrente de decisão do STF, na ADPF n.º 54.

Vale observar que o aborto é um crime previsto dentro do Capítulo de crimes contra a vida, sendo que seu processamento é público incondicionado e a competência do julgamento é do Tribunal do Júri.

As hipóteses autorizadoras do aborto são quando gravidez decorre de estupro, há risco à vida da gestante e nos casos de anencefalia (esse último caso decorrente de decisão do STF na ADPF n.º 54). Vejamos.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário



I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro (Aborto humanitário)

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Para o procedimento nos casos acima mencionados, desnecessário pedido de autorização judicial para sua realização, sendo todo o fluxo e prática regulamentados por normas técnicas emitidas pelo Ministério da Saúde.

Diante disso, verifica-se que o abortamento na legislação brasileira é crime, sendo permitido apenas nas hipóteses citadas acima.

Apesar disso, a prática continua sendo realizada, mesmo que de forma ilegal, o que acaba por gerar consequências nefastas, como a morte de mulheres, normalmente mais pobres que não conseguem ter acesso a clínicas clandestinas, além de gastos elevados com internações e procedimentos médicos a serem realizados nessas mulheres que chegam aos serviços de saúde.

O aborto é a terceira causa de morte materna no Mundo, sendo a quinta causa no país. Esse, inclusive é um dos motivos do Brasil não ter atingido uma das metas do milênio, que é a redução das mortes maternas. A estimativa é que sejam realizados aproximadamente 1 milhão de abortos clandestinos por ano^{xv}.

Além disso, a curetagem pós aborto foi a cirurgia mais realizada no SUS em 2007, de acordo com uma pesquisa realizada pelo INCOR, sendo gasto, somente nesse procedimento, R\$ 30 milhões por ano.

Pelos números apresentados verifica-se que o aborto é uma epidemia e que traz problemas de saúde pública. E essa percepção não é nova.

Nas citadas Conferências de Cairo e Pequim o tema já foi discutido com preocupação, havendo recomendação de que os estados revissem suas legislações repressivas. Não só.

O Comitê CEDAW em mais de uma oportunidade, em seus relatórios^{xvi}, recomendou que o Brasil revisse sua legislação e descriminalizasse a prática do aborto. Tudo isso baseado nos direitos humanos das mulheres e nas violências a que elas estão submetidas quando não possuem autonomia ao decidir por interromper uma gravidez indesejada, por qualquer que seja o motivo. Da mesma forma o fez o Comitê PIDESC^{xvii}.

Tornar uma conduta crime é uma escolha política, ou seja, o aborto só é crime porque o legislador brasileiro decidiu por considera-lo assim. Ocorre que essa decisão não deve ser discricionária e ilimitada, sob pena de se criarem distorções e injustiças.

A criminalização possui princípios limitadores, chamados na doutrina da criminologia como princípios da intervenção mínima, quais sejam, princípio da idoneidade, subsidiariedade e a racionalidade. E no caso do tipo penal do aborto todos esses princípios são desrespeitados.

A criminalização da conduta não é um meio eficaz para que a mesma deixe de ser praticada; os custos da criminalização são maiores que os benefícios; e não foram esgotados



todos os outros meios alternativos para enfrentamento do problema. Ao contrário. Nos países em que houve legalização e regulamentação da conduta, sua prática reduziu^{xviii}.

Ademais, outros princípios são desrespeitados, como ensina José Henrique Torres:

Portanto, no que diz respeito, especificamente, ao aborto, devem ser observados, também, os princípios de direitos humanos que cuidam da proteção especial de direitos da mulher no âmbito da sexualidade e da reprodução, os quais exigem, sob a égide do compromisso ético e democrático de respeito à dignidade da mulher, o rompimento com os paradigmas da ideologia patriarcal, que têm determinado a edição e a manutenção de um sistema legal escrito com a letra androcêntrica, de forma discriminatória e excludente.

E não se olvide que o rol dos direitos sexuais e reprodutivos abrange os direitos de decisão sobre a quantidade, o intervalo e o momento de as pessoas terem seus filhos, de plena informação e meios para fazer a sua escolha, de acesso ao mais alto padrão de saúde sexual e reprodutiva e, ainda, o direito de tomar decisões relativas à reprodução sem discriminação, coerção ou violência.^{xix}

Não só isso. Sabe-se que a criminalização da prática do aborto tem uma forte carga moral, e isso claramente não pode ser usada como justificativa para sua manutenção, sob pena de se ferir a democracia.

E mais uma vez nos valem dos ensinamentos de José Henrique Torres para falar de punição baseada na moral:

“Em um estado de Direito democrático, todas as pessoas devem ter a mesma liberdade para uma autocompreensão ética, mas o proibicionismo, visto como um posicionamento ideológico de fundo moral e político, contrariando os princípios democráticos, tem a finalidade de promover ações políticas voltadas para a regulação e o controle de condutas, especialmente pela intervenção do sistema penal, e não permite espaço para as escolhas individuais, o que torna eminentemente antidemocrático.

Mas é exatamente com fundamento nesse proibicionismo moral e ideológico que o abortamento tem sido mantido sob o controle da criminalização no Brasil.

E, como afirmam Eugenio Raul Zaffaroni e Nilo Batista, “o estado que pretende impor uma moral é imoral, porque o mérito moral é fruto de uma escolha livre diante da possibilidade de optar por outra coisa: carece de mérito aquele que não pôde fazer alguma coisa diferente. Por essa razão, o estado paternalista é imoral. Em lugar de pretender impor uma moral, o estado ético deve reconhecer o âmbito de liberdade moral, possibilitando o mérito de seus cidadãos, que surge quando eles têm disponibilidade da alternativa imoral: tal paradoxo leva à certa afirmação de que o direito é moral precisamente porque ele é a possibilidade da imoralidade, intimamente vinculada à diferença entre consciência jurídica e consciência moral”.

Portanto, é inconcebível que, em um Estado Democrático de Direito, seja criminalizada uma conduta que constitui exatamente o exercício da autonomia ética que o Estado deve garantir.

Como observa Alice Bianchini, “sempre que o direito criminal invade as esferas da moralidade ou do bem-estar social, ultrapassa seus próprios limites em detrimento de suas tarefas primordiais”.

Assim, a criminalização do autoborto e do aborto com o consentimento da gestante viola frontalmente a proibição de criminalização de condutas para tornar dominante uma concepção moral.^{xx}



Observando nessa ótica, conclui-se claramente que a criminalização do aborto não respeita princípios norteadores constitucionais, sendo, portanto, inconstitucional. Inconstitucional, inclusive, pois além de violar a própria Constituição, viola os Tratados Internacionais. Vejamos mais uma vez os ensinamentos de José Henrique Torres:

A questão da criminalização do aborto deve ser examinada, pois sob a perspectiva dos direitos humanos e sob o arnês de seus princípios e critérios principiológicos, os quais embasam a ética da construção dos Estados Democráticos.

E todos esses princípios, lembre-se, integram o sistema constitucional brasileiro, porque emergem, principalmente, do sistema normativo internacional, indivisível, interdependente, obrigatório e transcendente.

Esse sistema de normas de proteção dos direitos Humanos, formado por convenções e tratados internacionais ratificados pelo Brasil, constitui, na realidade, a concreção dos princípios éticos que visam garantir, em suma, a dignidade humana.

Assim, caberia aos legisladores brasileiros extirpar de nosso sistema legislativo os artigos 124 e 126 do Código Penal e aos juízes e juízas, enquanto prevalecer a omissão daqueles, declarar a sua inconstitucionalidade, negando a aplicação no momento da criminalização secundária, para garantir, assim, a prevalência e a plenitude dos princípios constitucionais de garantia dos Direitos Humanos.^{xxi}

No entanto, sempre um argumento surge como forte e incontestável. O direito à vida do feto.

Nos termos do Código Civil, artigo 2º, a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida, no entanto, a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, o que poderia trazer um entendimento de que desde a concepção há uma pessoa com direitos. Mas esse não é o entendimento predominante, nem o que se coaduna com a doutrina e jurisprudência internacional sobre o tema.

Na legislação brasileira o direito à vida é um direito fundamental, no entanto, ao feto há apenas uma expectativa de direito.

Retomando, na legislação brasileira, o direito à vida está garantido na Constituição Federal, no *caput* do art. 5º, no entanto, não há qualquer indicação de que esse direito é garantido desde a concepção, diferente do disposto no Pacto de San José da Costa Rica, art. 4.1, aqui já discutido.

Antes mesmo dessa decisão paradigmática, que alterou toda a forma hermenêutica sobre o tema, algumas decisões proferidas por Cortes Constitucionais de Direitos Humanos já haviam sinalizado no sentido de que o direito à vida do feto não é absoluto, principalmente quando outro direito humano da mulher está em conflito.

O Caso 2.141 da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Caso Baby Boy vs. Estados Unidos –, que se discutia o direito de um feto abortado no país, de 1981, já demonstrava que haveria uma necessidade de ponderações de direitos no conflito entre o direito da mulher ao aborto e o direito à vida, desde a concepção, nos termos descritos na Convenção.



O aborto foi permitido em qualquer caso até o momento da viabilidade da vida extrauterina, pela Corte Suprema dos Estados Unidos, em 1973, no julgamento do caso *Roe vs. Wade*.

Da mesma forma, a Corte Europeia de Direitos Humanos em diversas oportunidades já se manifestou da mesma forma, afirmando não possuir o feto direito absoluto, principalmente se o seu direito a vida esteja em conflito com outro direito fundamental da mulher^{xxii}.

Assim, os argumentos utilizados para justificar a manutenção da proibição ao abortamento no Brasil não se sustentam quando analisados no ponto de vista dos Direitos Humanos. De forma mais enfática, não há mais dúvidas sobre a relatividade do direito à vida embrionária quando estiver em conflito com o direito da mulher que a gesta e isso nada mais é que reforçar o já discutido e fortalecido argumento de que cabe à mulher decidir sobre seu corpo, de forma livre e autônoma.

Conclusão

Conforme se verifica ao longo do artigo, houve um amadurecimento dos argumentos utilizados para fundamentar a ideia de que o aborto é um direito fundamental, sendo certo que a decisão emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* é paradigmática no sentido de enfrentar a questão do direito à vida desde a concepção.

O precedente difere de outros emitidos anteriormente pelo mesmo órgão, ou outras Cortes Constitucionais e de Direitos Humanos por não só fazer apresentar uma hermenêutica de direitos humanos, mas por definir, finalmente, o que é concepção nos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos para posteriormente afirmar que existe vida sim desde a concepção, mas que essa não é absoluta.

A ponderação de direitos é uma solução bastante utilizada na solução de controvérsias entre direitos fundamentais, e no caso analisado, foi realizada para demonstrar que direitos fundamentais, como a vida, autonomia, privacidade, entre outros, não podiam ser violados em benefício da vida desde a concepção.

No nosso entendimento, não restam mais dúvidas, que manter como crime a prática de aborto praticado pela gestante ou com o seu consentimento é violar direito das mulheres e por isso, violar direitos humanos. Espera-se que em breve essa questão seja amplamente debatida e que seja respeitado o direito de uma mulher não manter uma gravidez indesejada, independentemente de sua motivação.

Para aqueles que podem associar a ideia de que a descriminalização seja desacompanhada de qualquer regulamentação da prática, há que se afirmar que, como ocorre nos casos já permitidos na legislação brasileira atualmente, caberá a área da saúde regulamentar um procedimento que deve ser feito nessa esfera.



Bibliografia

- FIGUEIREDO, Marcelo, CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. A jurisprudência e o diálogo entre tribunais. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2016.
- FIGUEIREDO, Marcelo. O Controle de Constitucionalidade e de Convencionalidade no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2016.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. São Paulo: Saraiva, 2015.
- STRECK, Lênio. Crítica Hermenêutica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto e Constituição. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.

ⁱ - *El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida.* II – *En cuando ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico.* e III – *“como el derecho (a la vida) se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto el ser ya nacido com en el por nacer.”* – sentença nº 2000-02306 emitida no processo n. 95-001734-007-CO.

ⁱⁱ Caso 12.361.

ⁱⁱⁱ Informe de Admissibilidad nº. 25/04.

^{iv} Informe de Fondo nº. 85/10.

^v Caso Baby Boy vs. Estados Unidos.

^{vi} Caso Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica, pg 264.

^{vii} Artigo I. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.

^{viii} A decisão analisa, ainda, documentos de proteção de Direitos Humanos do Sistema Universal, Europeu e Africano, não limitando sua decisão aos documentos regionais.

^{ix} Caso Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica, pg 222

^x Caso Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica, pg 264

^{xi} Princípio retirado da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plataforma de Cairo.

^{xii} IV Conferência Mundial Sobre a Mulher – Pequim, 1995.

^{xiii} Norma Técnica da Atenção Humanizada ao Abortamento – 2011.

^{xiv} É o que ocorre nos casos de anencefalia, autorizadas pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 54.

^{xv} Magnitude do Aborto no Brasil: Aspectos Epidemiológicos e Socioculturais.

^{xvi} Recomendações Gerais n.º 19 e 24.

^{xvii} Comitê criado no âmbito do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

^{xviii} <http://www.planpp.com/blog/?p=407> – acesso em 05.05.2016

^{xix} TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto e Constituição. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015, p.9

^{xx} TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto e Constituição. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015, pgs. 65 e 66

^{xxi} TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto e Constituição. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015, pgs. 11 e 12

^{xxii} Casos VO vs. França, Boso vs. Itália e R.H. vs. Noruega.



Tutela jurídica e políticas públicas direcionadas às pessoas trans, analisadas a partir de um caso concreto

Legal protection and public policies aimed at trans people, analyzed from a concret case

Andrea da Silva Lima

Defensora Pública, Defensoria Pública do Estado de São Paulo
andrealimaas@yahoo.com.br

Thaís de Campos

Defensora Pública, Defensoria Pública do Estado de São Paulo
thaata_83@yahoo.com.br

Resumo

O presente artigo pretende analisar a proteção da transexualidade no ordenamento jurídico, a partir de um caso concreto, em que a tutela jurisdicional foi negada, evidenciando os preconceitos arraigados na sociedade e nos agentes políticos, o desconhecimento sobre a qualidade do autor (pessoa trans) e conceitos de gênero.

A ação visava o fornecimento de auxílio alimentação ao autor, morador no interior de São Paulo e que estava realizando o processo de transexualização na Capital, sem condições financeiras de arcar com os gastos de alimentação durante as viagens.

O pedido foi indeferido, pois, conforme palavras do sentenciante, “*o tratamento realizado nada tem haver com questões de saúde, na acepção aflitiva do termo*”. “*A realização de transexualização não é algo essencial ou indispensável para a sobrevivência da requerente. É sobretudo um meio de resolver seu descontentamento com seu corpo.*”

Ora, além de todo sofrimento enfrentado pelo autor durante a realização do processo de transexualização, que também será abordado neste artigo, ele se viu juridicamente desprotegido, pois a ele não seria dado pelítear auxílio alimentação porque seu problema de saúde não era grave, quiçá seria um problema, posto não haver risco de vida.

Resta claro que o desconhecimento sobre o transexualismo e falta de normatização específica acerca do tema geram graves violações, como a que será analisada neste artigo.

Palavras-Chave: Preconceito. Transexualismo. Políticas Públicas.

Abstract

This article aims to analyze the protection of transsexuality in the legal system, based on a concrete case, in which judicial protection was denied, highlighting the prejudices rooted in society and political agents, ignorance about the quality of the author (trans person) and gender concepts.

The action aimed at providing food aid to the author, a resident in the interior of São Paulo and who was performing the process of transsexualization in the Capital, without financial conditions to afford the expenses of food during the trips.

The request was rejected because, in the words of the sentencing, "the treatment carried out has nothing to do with health issues, in the distressing meaning of the term". "The realization of transexualization is not something essential or indispensable for the survival of the applicant. It's a way to resolve your discontent with your body. "

However, in addition to all the suffering faced by the author during the process of transexualization, which will also be addressed in this article, he was legally unprotected, because he would not be given food aid because his health problem was not serious, maybe it wouldn't be a problem, since there is no risk of life.

It remains clear that the lack of knowledge about transsexualism and lack of specific norms on the subject generate serious violations, such as the one that will be analyzed in this article.

Keywords: Preconception. Transsexualism. Public Policies.



1. Transgênero

Inicialmente, é preciso trazer a dicotomia existente entre sexo e gênero.

O sexo está ligado a características biológicas e físicas das pessoas. A diferenciação decorre, especialmente, da genitália que o indivíduo possui.

Já o gênero, consiste, basicamente, no papel que socialmente se espera de cada um dos sexos biológicos. São construções sociais históricas.

Existem uma série de correntes teóricas acerca do gênero, fornecendo subsídios para a separação entre sexo e gênero.

A autora americana Gayle Rubinⁱ, na obra *O Tráfico de Mulheres: Notas sobre a "Economia Política do Sexo"*, publicado em 1975, trouxe a utilização do conceito de gênero pelo movimento feminista. Ela buscou a origem da opressão e subordinação social das mulheres, que foi fundamental para a construção social dos papéis entre os gêneros masculino e feminino.

Posteriormente, Joan Scott trouxe a importância da conceituação de gênero para a história em geral e não apenas para a história das mulheres.

De acordo com Joan Scottⁱⁱ, *"Ao longo dos séculos, as pessoas utilizaram de forma figurada os termos gramaticais para evocar traços de caráter ou traços sexuais."*

Não podemos analisar os corpos e sua classificação fora da cultura, do tempo, do discurso ou construções em que se encontram inseridos. Para Scott *"gênero é uma organização social, construída sobre a percepção das diferenças sexuais imbricadas a relações desiguais de poder."*

Ela não nega a existência de diferenças entre os sexos nos corpos, mas chama atenção para a forma como são construídos significados culturais para essas diferenças, trazendo posições hierárquicas dentro da sociedade.

Já a autora Paula Sandrine, em *"O sexo dos anjos"*ⁱⁱⁱ, traz a ideia de que até mesmo o sexo biológico seria socialmente construído, como por exemplo, no caso de hermafroditas, em que é feita cirurgia e opção por um dos sexos. Entretanto, tal discussão não será aprofundada, em razão de não ser o objeto de estudo do presente trabalho.

Transgênero é a pessoa que não se identifica com os comportamentos e papéis socialmente esperados por seu sexo biológico, definido no momento do nascimento.

As travestis são exemplos de pessoas transgêneros. Essas pessoas podem ter diversas identidades de gênero, identificação feminina, identificação andrógena e identificação bigênero, que seriam identidades separadas de homem e mulher ao mesmo tempo. Assim, expressam o gênero através de seus corpos, que não precisa coincidir com o sexo biológico.

As mulheres e homens transexuais ou transgêneros não se identificam com o sexo em que se encontram. É como se "estivessem no corpo errado". Esses indivíduos se sentem totalmente do gênero oposto aos seus corpos e sofrem um desconforto persistente em relação ao próprio sexo.



Segundo Vieira^{iv}, “a transexualidade é caracterizada por um forte conflito entre corpo e identidade de gênero e compreende um arraigado desejo de adequar o corpo hormonal e/ou cirurgicamente àquele do gênero almejado.” (p. 412).

Para as pessoas transgêneros não é necessária a exposição de seus corpos a terapias hormonais e/ou cirúrgicas de transgenitalização para que sejam reconhecidos como típicos das pessoas do gênero com o qual se identificam, nem mesmo a adoção de papéis de gênero associados ao elemento oposto ao de seu sexo nascimento.

2. Preconceito

Preconceito trata-se de uma idéia previamente concebida, normalmente manifestada através de atitude discriminatória perante as pessoas, culturas, lugares ou tradições considerados diferentes ou estranhos.

O preconceito decorre de atitudes e conceitos socialmente construídos.

O filósofo político Norberto Bobbio, traz a seguinte definição de preconceito:

Entende-se por preconceito uma opinião ou um conjunto de opiniões, às vezes até mesmo uma doutrina completa, que é acolhida acriticamente e passivamente pela tradição, pelo costume ou por uma autoridade de quem aceitamos as ordens sem discussão “acriticamente” e “passivamente”, na medida em que a aceitamos sem verificá-la, por inércia, respeito ou temor, e a aceitamos com tanta força que resiste a qualquer refutação racional, vale dizer, a qualquer refutação feita com base em argumentos racionais. Por isso se diz corretamente que o preconceito pertence à esfera do não racional, ao conjunto de crenças que não nascem do raciocínio e escapam de qualquer refutação fundada no raciocínio.

Existem diferentes formas de preconceito. A primeira diferenciação trazida por Bobbio, é a entre o preconceito individual e o coletivo.

De acordo com ele, o individual relaciona-se com crenças individuais no azar, na maldição, no mau-olhado, na não realização de certas ações como não viajar em determinados dias, ou sentar-se a mesa em treze pessoas, cruzar os dedos, carregar amuletos, entre outros.

Os preconceitos individuais não possuem a nocividade e periculosidade dos preconceitos coletivos, que são aqueles “... compartilhados por um grupo social inteiro e estão dirigidos a outro grupo socialvii.”.

O preconceito coletivo gera rivalidade e conflito entre os grupos, intolerância, incompreensão, que podem culminar na violência.

As formas mais comuns de expressão do preconceito ocorrem nas esferas: social, religioso, racial e sexual.

Nas questões relacionadas ao sexo, gênero e orientação sexual, notadamente, estamos diante de preconceito sexual.



3. Da proteção jurídica às pessoas transgêneros

Apesar de não haver dispositivo expresso na Constituição Federal tratando dos direitos da população trans, a carta magna consagra como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade.

O princípio da dignidade da pessoa humana norteador das normas de proteção ao indivíduo, segundo a doutrina e a jurisprudência é fundamento de um direito implícito: o direito geral da personalidade, tratado por Ingo Wolfgang Sarlet, em seu Curso de Direito Constitucional, Editora RT, 2012, para o autor:

o direito geral de personalidade (ou direito ao livre desenvolvimento da personalidade) implica uma proteção abrangente em relação a toda e qualquer forma de violação dos bens da personalidade, estejam eles, ou não expressamente reconhecidos ao nível da constituição...

Desse modo, o rol de direitos da personalidade previstos na Constituição Federal, não é taxativo, devendo abranger outros direitos que compõem a personalidade da pessoa, assegurando-se a garantia do seu exercício.

Com relação às pessoas trans o livre exercício do direito da personalidade encontra inúmeras limitações: em seus corpos, no nome e gênero constante no registro de nascimento e no preconceito da sociedade. Essas limitações geram sofrimento e um processo de exclusão social e marginalização.

3.1 Do direito ao uso do nome e identidade de gênero

O nome é um direito da personalidade, entretanto para a população trans é mais um fator de sofrimento e causador de situações vexatórias, pois como o nome identifica a pessoa, deveria estar em conformidade com a sua identificação de gênero.

Embora o Código Civil em seu artigo 1604, proíba a utilização de outro estado constante no registro de nascimento, através do judiciário tem sido possível a alteração do nome e da identidade de gênero.

Há decisões possibilitando a alteração inclusive quando a pessoa não passou pelo processo de transgenitalização, demonstrando-se respeito à autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana:

Alteração de 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 de registro civil. 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 constitui atributo da personalidade. **Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, 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. Fechar os olhos a esta realidade, reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inc. III do art. 1º da CF, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome. Por maioria, promoveram em parte” (TJRS, AC 70013909874, 7ª. Câm. Civ. rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 05.04.2006).(grifei)

Entretanto, o processo judicial ainda é lento e para amenizar o prejuízo gerado, há legislações estaduais possibilitando o uso do nome social pela população trans, além disso, alguns órgãos públicos no âmbito de sua competência estabeleceram o tratamento das pessoas trans pelo nome social.

No Estado de São Paulo temos Decreto nº 55.588, de 17 de março de 2010 dispondo sobre o tratamento nominal das pessoas transexuais e travestis nos órgãos públicos estaduais.

Normas garantidoras do tratamento com o nome social se reproduzem em outros Estados na Portaria 220/2009 na Bahia, Decreto 35.051/2010, no Pernambuco, Decreto 32.159/2011, na Paraíba, entre outros.

Já no âmbito Federal foi publicado recentemente o Decreto 8.727 de 28/04/2016, sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis ou transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, vedando, inclusive, o uso de expressões pejorativas e jocosas no trato da população trans.

No dia 18 de maio de 2016, deputados federais, protocolaram na Câmara projeto de decreto legislativo, que recebeu o número 395/16, com a finalidade de sustar o decreto presidencial que dispõe sobre o uso do nome social, acima mencionado.

Tal iniciativa representa completo retrocesso, sendo que o encaminhamento necessário e esperado, deveria ocorrer em sentido contrário, para que houvesse lei federal permitindo o uso do nome social, tal como ocorre nos dispositivos legislativos esparsos.

3.2 Do processo de transgenitalização

Ao nascermos a sociedade classifica o gênero de acordo com o órgão sexual (vagina = menina / pênis = menino). Durante o desenvolvimento da criança até sua fase adulta a classificação de gênero segundo o sexo pode gerar conflitos em algumas pessoas que passam a se identificar com o gênero oposto ao sexo.

Atualmente, a medicina proporciona meios para adequação do corpo à identidade de gênero: através de hormonioterapia e cirurgia de transgenitalização.

A cirurgia de transgenitalização ou redesignação sexual já foi classificada como mutilante e considerada ofensiva ao Código de Ética Médica em razão da suposta lesão corporal e retirada de aparelhos reprodutores.

Ocorre que, as pessoas trans interessadas na realização do procedimento passaram a se valer do judiciário para obtê-lo. A partir das decisões favoráveis, o Ministério da Saúde autorizou a realização do Processo Transsexualizador no Sistema Único de Saúde – SUS.



O Conselho Federal de Medicina por sua vez regulamentou a cirurgia de transgenitalismo através da Resolução CFM nº 1.955/2010 de 03/09/2010. Já a Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013 do Ministério da Saúde, redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS).

A Portaria 2.803 de 19 de novembro de 2013 estabelece em seu artigo 14, parágrafo 2º:

I - a hormonioterapia que trata esta Portaria será iniciada a partir dos 18 (dezoito) anos de idade do paciente no processo transexualizador; e

II - os procedimentos cirúrgicos de que trata esta Portaria serão iniciados a partir de 21 (vinte e um) anos de idade do paciente no processo transexualizador, **desde que tenha indicação específica e acompanhamento prévio de 2 (dois) anos pela equipe multiprofissional que acompanha o usuário(a) no Serviço de Atenção Especializada no Processo Transexualizador.**

Assim, para passar pelo processo de transgenitalização a pessoa é classificada como portadora de transexualismoviii,:

definido como patologia pela Classificação Internacional de Doenças consiste em uma anomalia da identidade sexual, em que o indivíduo se identifica psíquica e socialmente com o sexo oposto ao que lhe fora determinado pelo registro civil. O transexual não aceita seu sexo biológico, buscando na cirurgia de redesignação sexual o fim de todo aquele sofrimento causado pela incoincidência entre sua identidade sexual física e psíquica. Essa angústia não se resume no fato de a sociedade o encarar como indivíduo do outro sexo, mas se agrava quando o próprio transexual não consegue conciliar seu corpo à sua mente: ele se olha no espelho e vê algo que repudia, que reprova.

O Conselho Federal de Medicina - CFM estabelece que a definição do transexualismo passa pelo desconforto do indivíduo no que se refere ao sexo anatômico atual. O transexual possui o expresso desejo de eliminar os genitais e de perder as características primárias e secundárias do próprio sexo, visando ganhar aquelas do sexo oposto. Para ser considerado transexual, o indivíduo ainda deverá ser portador desse desvio psicológico de identidade sexual de forma permanente e consistente, e até arrisca a estabelecer um prazo mínimo, qual seja, dois anos. Para o CFM, **o transexualismo é uma disforia neurodiscordante de gênero.** (grifei)

Ora, é inegável o avanço de termos disponível pela rede pública de saúde o processo de transgenitalização, mas a classificação do transexualismo como doença, impõe à pessoa trans que objetiva passar pelo processo mais sofrimento, preconceito e exclusão.

Como se vê da Portaria do Ministério da Saúde antes da realização da cirurgia são necessários dois anos de acompanhamento por equipe multidisciplinar.

Durante este acompanhamento a pessoa trans deverá tomar hormônios, adotar o uso de roupas que se identifique com seu gênero, realizar testes de personalidade a fim de se aferir se há algum transtorno e realizar exames médicos de rotina.

No livro “A Reinvenção do Corpo” de Berenice Bento (Ed. Garamond – 2006), a autora relata casos de pessoas trans durante o processo de transgenitalização, revelando o quão sofrido e permeado de preconceitos é o acompanhamento.



Os pacientes relatam que não são chamados pelo nome social dentro do Hospital, a recorrência de risos entre os profissionais e demais pacientes, demonstrando preconceito, gerando constrangimento e exclusão. A autora denomina esses procedimentos de “protocolos invisíveis” e conclui:

A relação que se estabelece com o hospital, de forma geral, e com a equipe, em especial, é a de favor. A noção de direito e cidadania é uma abstração que não encontra nenhum respaldo na efetivação das microrrelações que se dão no âmbito do hospital.^{ix}

Essas microrrelações se norteiam em razão do exercício do poder que a equipe médica exerce sobre os pacientes, estes, por sua vez, objetivam a obtenção do parecer positivo para a realização da cirurgia. Deste modo, os pacientes se comportam da maneira esperada pelos profissionais que lhes acompanham, a fim de obter um “favor” (realização da cirurgia).

Não obstante, o relato da autora sobre os protocolos invisíveis não é só dentro do Hospital que as pessoas trans vivenciam preconceitos e exclusão durante o processo de transgenitalização.

Tomemos como exemplo uma ação ajuizada, visando obter o fornecimento de auxílio alimentação para uma pessoa trans masculino, pois ele morava no interior de São Paulo e estava realizando o processo de transexualização na Capital, sem condições financeiras de arcar com os gastos de alimentação durante as viagens.

Esclarece-se que o auxílio alimentação é previsto no programa de Tratamento Fora do Domicílio (TFD) regulamentado pela Portaria SAS nº 55, de 24.02.1999, do Ministério da Saúde, tendo por destinatários pessoas que realizam tratamento médico em localidade distinta de sua residência.

A ação foi ajuizada contra o Município de residência do autor e o Estado de São Paulo. Nas defesas apresentadas não houve questionamento de ambos os requeridos contra o direito ao recebimento do auxílio-alimentação pelo autor, somente quanto à responsabilidade pelo pagamento.

Entretanto, a sentença do juiz de primeira instância, permeada por preconceitos, julgou improcedente a ação sob o seguinte fundamento:

Todavia, verifica-se que o tratamento que a autora realiza mensalmente é para realização de transgenitalização, pelo qual pretende mudar seu órgão genital alegando apresentar total identificação com o sexo masculino (fls. 12). **Dessa forma, o tratamento realizado pela parte requerente e custeado pelo Estado, nada tem haver com questões de saúde, na acepção afiliva do termo e que inspira todo o cuidado que o legislador constituinte emprestou ao tema.** A autora não está acometida de doença grave, com risco a vida, nem ao menos possui alguma enfermidade que lhe acometa a saúde, nos termos do que ordinariamente acontece com um grande número de necessitados e que se socorrem da justiça para ter seus pleitos e direitos protegidos. A realização de transgenitalização não é algo essencial ou indispensável para a sobrevivência da requerente. É sobretudo um meio de resolver seu descontentamento com seu corpo.

Com efeito, a mera insatisfação da autora com seu órgão genital não pode gerar o dever do Estado em custear auxílio para



modifica-lo, em que pese esse tipo de cirurgia ser disponibilizado pelo SUS. (Sic)

A partir da sentença levanta-se os seguintes questionamentos:

- o direito à saúde como posto na constituição só envolve questões relativas ao risco de vida?
- o Estado não tem dever em relação às pessoas trans?
- o processo de transgenitalização, oferecido pelo SUS, é um favor que o Estado presta às pessoas trans?

Inicialmente é preciso delimitar o conceito de saúde. A Organização "Organização Mundial de Saúde" (OMS) define a saúde como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades".

Daí depreende-se: saúde não envolve apenas doenças, ser saudável é ter bem-estar físico, mental e social. No tocante às pessoas trans envolve a conformidade do corpo físico com sua identidade de gênero.

Noutro lado, o direito à saúde nos termos do artigo 196 da Constituição Federal é ***direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.***

Assim, o artigo confere a todos o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde para sua promoção, proteção e recuperação, impondo ao Estado o dever de garantir o acesso a esses serviços.

Repisa-se o legislador constituinte não excepcionou, direcionando o direito à saúde somente a determinadas pessoas, tampouco exigiu que a pessoa fosse acometida de alguma doença grave que lhe acarretasse risco de vida para ter direito à contraprestação estatal. Ao contrário, dispôs sobre o dever do Estado de disponibilizar serviços que promovam a saúde, sua proteção e recuperação.

Assim, **não é necessário estar acometido de uma doença grave, com risco à vida para se ter direito à saúde; as pessoas trans não podem ser excluídas da prestação estatal; bem como o processo de transgenitalização oferecido pelo Sistema Único de Saúde, atende ao mandamento constitucional**, ainda que não plenamente, no aspecto integralidade, diante da insuficiência de Hospitais capacitados a realizar o procedimento.

Felizmente, há entendimento nesse sentido em nossos tribunais superiores, conforme se vê abaixo, contrapondo-se ao caso trazido neste artigo.

Agravo de instrumento. Administrativo. Sus. Fornecimento de medicamento. Antecipação de tutela. 1. É obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. 2. A saúde é direito inalienável e indisponível, sendo dever do Estado a concretização deste direito constitucionalmente tolerado. Considerando que o SUS é composto pela União, Estados e



pólo passivo da demanda. 3. Além da perspectiva biomédica, a **transexualidade possui a perspectiva social, fundada em direitos previstos na Carta Magna: o direito à saúde e o direito à autodeterminação da identidade sexual, este último informado pelos direitos fundamentais à liberdade, à igualdade e à proteção da dignidade humana.** (TRF 4ª Região, AI 2008.04.00.011319-0/PR, 3ª T., Rel. Des. Luiz Carlos de Castro Lugon, j. 14/05/2009).

4. Da despatologização do transexualismo

Se o conceito de saúde não significa apenas que a pessoa está livre de afecções e patologias e, sim, bem-estar físico, mental e social, qual o motivo da classificação do transexualismo como doença?

Inicialmente, destacamos que o sufixo “ismo” significa condutas sexuais perversas, segundo Berenice Bento.

A perversidade talvez resida na não identificação com a classificação binária de gênero conforme o órgão genital, imposta pela sociedade, através da qual se dá o exercício das relações de poder.

Judith Butler,^x no livro *Problemas de Gênero* define como gêneros “inteligíveis”:

aqueles que, em certo sentido, instituem e mantêm relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo. Em outras palavras, os espectros de descontinuidade e incoerência, eles próprios só concebíveis em relação a normas existentes de continuidade e coerência, são constantemente proibidos e produzidos pelas próprias leis que buscam estabelecer linhas causais ou expressivas de ligação entre o sexo biológico, o gênero culturalmente constituído e a “expressão” ou “efeito” de ambos na manifestação da prática sexual.

E ainda:

A noção de que pode haver uma “verdade” do sexo, como Foucault a denomina ironicamente, é produzida precisamente pelas práticas reguladoras que geram identidades coerentes por via de uma matriz de normas de gênero coerente. A heterossexualização do desejo requer e institui a produção de oposições discriminadas e assimétricas entre “feminino” e “masculino”....

Deste modo, as pessoas trans em relação às heterossexuais não teriam gênero inteligível, assim como os homossexuais, bissexuais e intersex, daí a necessidade de classificar esses grupos como pessoas doentes.

Nesse ponto destaca-se: a não identificação com o sistema binário de gênero não conduz necessariamente à patologização da pessoa transgênero.

O homossexualismo também foi classificado como doença durante muitos anos, com a submissão das pessoas homossexuais a supostos tratamentos médicos visando sua “cura”.

Curiosamente, durante a décima revisão da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, a homossexualidade foi retirada da classificação de



doenças e acrescentado o transexualismo e o travestismo como *transtornos da identidade sexual* (F.64).

Ora, a classificação da transexualidade como doença agrava ainda mais a situação de exclusão vivenciada pelas pessoas trans, pois as rotula como “doentes mentais”.

Além disso, durante o processo transexualizador estas pessoas se vêem obrigadas a demonstrar o sofrimento para obter o diagnóstico esperado. Para Maria Berenice Dias:

O sofrimento, no entanto, pode ser causado pelo próprio diagnóstico: obrigação de dois anos de tratamento, de subordinação da identidade subjetiva a uma autoridade médica, para receber o diagnóstico esperado. Não basta a mera vontade de retirar os genitais. Essa vontade deve se consubstanciar em um desconforto recorrente, com duração mínima de dois anos^{xi}.

Ressalta-se saúde é bem-estar físico, mental e social.

Noutro lado o direito à saúde, conferido a todos e dever do Estado, não pode se restringir ao fornecimento de serviços, insumos e medicamentos às pessoas classificadas como doentes. Se assim fosse, não haveria motivo para o Estado realizar partos.

Na França e na Austrália as pessoas trans já deixaram de ser classificadas como doentes.

Por sua vez, a Argentina criou uma lei permitindo o autoreconhecimento da pessoa trans junto ao Cartório de Registro Civil, sem ordem judicial.

A patologização das pessoas trans acentua ainda mais a exclusão social e o sofrimento vivenciado por elas.

A “doença” trans é social. A ausência de reconhecimento dessas pessoas como cidadãs, nada mais é do que negar-lhes o direito de existir, de amar, de desejar e de ser feliz^{xii}.

5. Políticas públicas afetas ao tema

As ações afirmativas buscam garantir direitos a grupos historicamente marginalizados e trazer o contexto de igualdade em contextos sociais de discriminação, para que ocorra a redução das desigualdades. São políticas destinadas à garantia dos direitos da população LGBT e garantia de seu acesso aos espaços sociais, em condição de igualdade com os demais.

São necessárias políticas de prevenção e inclusão de tal público, que, por diversas vezes permanece segregado, entre pessoas com a mesma orientação sexual ou identidade de gênero, a fim de evitar atitudes discriminatórias ou preconceituosas.

A primeira reivindicação é o reconhecimento da igualdade formal, através da garantia de direitos civis comuns aos demais, como, por exemplo, cirurgia para mudança de sexo custeada pelo Poder Público, casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, alteração do registro civil para compatibilização com a identidade de gênero, dentre outros. Após o reconhecimento dos direitos, busca-se a sua efetividade, que se reflete na igualdade material.

Assim, o tratamento custeado pelo Estado, com a realização da cirurgia e a mudança do nome refletem apenas a garantia de direitos comuns a qualquer pessoa. Entretanto, para



efetivação da igualdade, promoção de direitos e inibição de atitudes discriminatórias, tal garantia não é suficiente para inclusão da população trans na sociedade.

Conforme os dizeres de Maria Berenice Dias^{xiii}:

Não basta a lei prever direitos. Para garantir a participação em condição de igualdade e de oportunidade na vida econômica, social, política e cultural do país, é indispensável conscientizar a sociedade da igual dignidade de heterossexuais, homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais.

Necessário, assim, a adoção de uma série de políticas públicas no âmbito da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, destinadas a conscientizar a sociedade da igual dignidade de todos, independente da orientação sexual ou identidade de gênero.

Nessa esteira, foi elaborado o Estatuto da Diversidade Sexual, para consagrar diversos direitos e prerrogativas, destinados aos homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais.

A instituição de referido Estatuto põe fim à uma histórica omissão existente na garantia e implementação de direitos da população LGBTI.

Referido estatuto traz também políticas públicas de inclusão, nas áreas da saúde, educação, formação profissional, o que é essencial para garantir a inclusão do público LGBTI. São necessárias políticas estatais de inclusão, que não se restrinjam a ações pontuais e isoladas.

Homossexuais, travestis e transexuais fazem parte do grupo que mais sofre com o preconceito e com a violência. Em Pesquisa nacional sobre Juventudes e Sexualidade publicada em 2004, pela UNESCO, foi apurado que meninos consideravam, em uma classificação de ações violentas, “bater em homossexuais”, em sexto lugar, atitude que seria menos grave do que o cometimento de crimes como uso de drogas, porte de armas.

Na educação, verifica-se a existência de grande evasão escolar, diante de atitudes preconceituosas e discriminatórias. A desigualdade ocorre justamente no local destinado ao exercício do direito humano à educação.

Daí decorre a necessidade de implementar políticas públicas para diminuição da evasão escolar, motivada por preconceito e discriminação, criando uma rede de proteção para garantia de convívio harmonioso e em segurança no ambiente escolar.

A imposição do dever de abordar as questões de gênero e sexualidade, sob a ótica da diversidade sexual, aos profissionais da educação, através de capacitação fornecida pela Administração Pública, é indispensável para a promoção de educação inclusiva, o que certamente diminuirá a evasão escolar e elevará a escolaridade da população LGBTI.

Na área da saúde, embora seja garantido o acesso ao Sistema Único de Saúde – SUS, o estado precisa investir em profissionais qualificados e com formação adequada para atendimento da população protegida pelo Estatuto, em suas necessidades e especificidades.

No mercado de trabalho, é necessário assegurar a igualdade de oportunidades de inserção, através de programas de formação profissional, emprego e geração de renda.



Para o ingresso na Administração Pública, o estatuto prevê a imposição do sistema de cotas a travestis e transexuais e seu incentivo na iniciativa privada.

A lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, é mais um exemplo de ação afirmativa para proteção e empoderamento de população vulnerável. Ela trouxe avanços no campo da diversidade sexual. Em seu artigo 2º descreve incondicionalidade da orientação sexual e de outras diversidades para que a mulher goze de todas as garantias fundamentais inerentes a pessoa humana.

O artigo 5º de referida lei dispõe que:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

Como se vê, é classificada como violência doméstica e familiar contra a mulher, toda ação ou omissão baseada no gênero feminino. Tal proteção decorre da hierarquização social existente entre os gêneros, que se consubstancia na supremacia do masculino sobre o feminino, provocando desigualdades.

A Lei Maria da Penha deve ser aplicada a travestis e transexuais femininas, visto a proteção destinar-se ao gênero feminino. Nessa esteira, todas essas pessoas são destinatárias de serviços prestados nas Delegacias Especializadas de Proteção à Mulher, com o uso de seu nome social.

Como já mencionado, o uso do nome social está previsto em diversos diplomas legais. É lamentável a inexistência de legislação federal acerca do tema, destinada a todas as pessoas, incluindo a iniciativa privada e não apenas a Administração Pública, o que contribuiria para minimizar tantas situações vexatórias e discriminatórias a que são submetidas as pessoas trans.

Além disso, a falta de normatização e políticas públicas de inclusão, abre espaço para a propositura de outras normas, de cunho discriminatório, como o projeto de lei que pretende suspender o decreto presidencial autorizador do uso do nome social na Administração Pública.

Por fim, pontua-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu no julgamento do AgReg no RE 477.554/MG, em 16/08/2011, a existência do princípio constitucional da busca da felicidade conferido a todos sem exclusão, servindo *como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais*.

6. Conclusões

É inegável a existência de avanços na proteção dos direitos da população LGBTI.

Entretanto, essa população ainda é constantemente marginalizada e excluída socialmente em razão de preconceitos arraigados na sociedade e nos agentes políticos, como no caso tratado neste artigo.



Assim, o estado deve investir em políticas públicas que visem a inclusão dessa população, sobretudo em educação de gênero, inclusive nas escolas de educação fundamental, carreiras jurídicas e órgãos estatais. O desconhecimento sobre o tema é um fator de exclusão das pessoas trans.

A realização de campanhas publicitárias promovendo a inclusão, a reserva de vagas em concurso públicos e empresas privadas, seriam ações afirmativas com resultados importantes.

No mesmo sentido, é preciso garantir o acesso dessa população a papéis socialmente respeitados, em condições de igualdade com os demais, o que promoverá diariamente sua inclusão social e diminuição da discriminação.

No que tange aos transexuais, o custeio da cirurgia de transgenitalização, terapia hormonal e as decisões judiciais que permitem a alteração do nome, para adequá-lo ao gênero com que a pessoa se identifica, representam a proteção mínima do direito dessas pessoas.

Contudo, o processo de transgenitalização ainda é permeado de preconceitos e sofrimento, que precisam ser eliminados.

Embora a classificação do transexualismo como doença seja fundamental para a realização do processo transexualizador custeado pelo Estado, a despatologização do transexualismo é medida urgente para diminuição do preconceito e da discriminação. Enquanto for tratado como doença, haverá pessoas que buscarão “curar” a pessoa transgênero e inseri-la nos padrões socialmente aceitos.

A prestação desse serviço de pelo Sistema Único de Saúde decorre do direito à saúde (bem-estar), consagrado na Constituição Federal de 1988.

Enfim, a sociedade brasileira não pode negar os direitos das pessoas trans por mais tempo, é preciso dar voz e resgatá-las da exclusão.

Referências

- BENTO, Berenice. *A Reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e outros escritos morais*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002.
- BUTLER, Judith P. *Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade, tradução Renato Aguiar*. Rio de Janeiro: civilização Brasileira, 2003.
- DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LAQUEUR, Thomas W. *Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.



MACHADO, Paula Sandrine. *O sexo dos anjos: um olhar sobre a anatomia e a produção do sexo (como se fosse) natural*. www.scielo.br/pdf/cpa/n24/n24a12.pdf.

PEREIRA, Rafael D'Ávila Barros. *O transexualismo e a alteração do registro civil*. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br> 16 abril. 2008.

RUBIN, Gayle. *O Tráfico de Mulheres: Notas sobre a "Economia Política do Sexo"*. Tradução Cristine Rufino Dabat, Edileusa Oliveira da Rocha e Sonia Corrêa. Recife, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SCOTT, Joan W. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Educação e Realidade*, vol. 16, n. 2, Porto Alegre, jul./dez. 1990.1

VIEIRA, T. R. *Transexualidade*. In DIAS, M. B. (coord.). *Diversidade Sexual e o Direito Homoafetivo*. Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2011.

ⁱ RUBIN, Gayle. *O Tráfico de Mulheres: Notas sobre a "Economia Política do Sexo"*. Tradução Cristine Rufino Dabat, Edileusa Oliveira da Rocha e Sonia Corrêa. Recife, 1993.

ⁱⁱ SCOTT, Joan W. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Educação e Realidade*, vol. 16, n. 2, Porto Alegre, jul./dez. 1990.

ⁱⁱⁱ MACHADO, Paula Sandrine. *O sexo dos anjos: um olhar sobre a anatomia e a produção do sexo (como se fosse) natural*. www.scielo.br/pdf/cpa/n24/n24a12.pdf.

^{iv} VIEIRA, T. R. *Transexualidade*. In DIAS, M. B. (coord.). *Diversidade Sexual e o Direito Homoafetivo*. Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2011, p. 412.

v BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e outros escritos morais*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002, p. 103.

vi BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e outros escritos morais*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002, p. 105.

vii BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e outros escritos morais*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002, p. 105.

viii PEREIRA, Rafael D'Ávila Barros. *O transexualismo e a alteração do registro civil*. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br> 16 abril. 2008.

^{ix} BENTO, Berenice. *A Reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006, pág. 61.

^x BUTLER, Judith P. *Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade*, tradução Renato Aguiar – Rio de Janeiro: civilização Brasileira, 2003 pág. 38/40.



A ausência de competência híbrida real nos juizados especiais de violência doméstica e familiar

The absence of real hybrid jurisdiction of the Especial court of domestic and familiar violence

Danilo Martins Ortega

Defensor Público do Estado de São Paulo
dmortega@defensoria.sp.gov.br

Paula Sant'Anna Machado de Souza

Defensora Pública do Estado de São Paulo
psamsouza@defensoria.sp.gov.br

Resumo

Trata-se de artigo no qual é discutida a competência híbrida dos juizados especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher. Realizamos um pequeno histórico sobre as motivações da criação dos juizados especiais, dentre eles o juizado especial de violência doméstica. Trazemos então a constatação da experiência prática de atuação no juizado e nas varas de família do Foro de São Miguel Paulista, no qual a competência híbrida acaba sendo ignorada, resultando em aprofundamento da vulnerabilidade da mulher aumentando o número de atos processuais aos quais é necessário comparecer, bem como ampliando o tempo de trâmite processual, fazendo-a reviver a situação de violência em inúmeras esferas do direito (criminal, de família e cível).

Palavras-chave: Juizado Especial de Violência Doméstica e familiar contra a mulher; competência híbrida

Abstract

In this article we discuss the hybrid jurisdiction of the special courts of domestic and familiar violence against the woman. We did a brief history about the motivations behind the creation of the special courts, especially the special courts of domestic violence. We then bring the practical experience of our role as Public Defendants before the special court of domestic violence and the three courts of family matters in the São Miguel Paulista court. There, the hybrid jurisdiction of the special court is not respected, which deepens the vulnerability of the woman, raising the number of procedural acts in which the woman is compelled to attend, as well delaying the end of the process, making her relive the violent situation in different aspects of the law (criminal, family and civil).

Keywords: *Special Courts of domestic and familiar violence against the woman; hybrid jurisdiction*



Nosso direito é masculino, condicionado em seu conteúdo por interesse masculino e modo de sentir masculino (especialmente no direito da família), mas masculino, sobretudo, em sua interpretação e sua aplicação, uma aplicação puramente racional e prática de disposições genéricas duras, diante das quais o indivíduo e seu sentimento não contam. Por isso quis-se excluir as mulheres, também para o futuro, da participação ativa na jurisdição (RADBRUCH, 1999, p. 146-147, apud SABADELL, 2013, p. 216).

1. Da criação dos Juizados de Violência Doméstica

A Constituição de 1988, em seu art. 24, confere à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência para: “X – criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas”.

O art. 98 também aduz que:

“A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, por turmas de juízes de primeiro grau.”

A partir desses dois dispositivos constitucionais surge a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

O sistema dos Juizados Especiais organizou-se como estrutura independente do Poder Judiciário já instalado, propondo via alternativa de tutela de justiça, buscando uma racionalização, desburocratização e aceleração da prestação jurisdicional, tanto para os casos encaminhados aos juizados especiais quanto para os casos que remanesceriam nas Varas Judiciárias, que perderiam volume e ganhariam qualidade nos julgamentos mais complexos.

No âmbito criminal, o Juizado Especial é competente para julgamento de delitos de menor potencial ofensivo, caracterizados como contravenções penais e crimes com pena máxima cominada menor que dois anos.

A lei 9.099/95 buscava despenalizar, desrotular eventuais autores de delito. Carregava em seu âmago as ideias da composição de danos ou transação penal, institutos descriminalizadores mas responsabilizadores e que não implicavam na marca indelével de uma “passagem criminal” para os réus.



Num primeiro momento, diante da regra geral e das penas aparentemente baixas para tais delitos, foram inseridos dentro desse microsistema os julgamentos dos delitos decorrentes da violência doméstica e familiar como lesão corporal leve, ameaça e injúria.

A indiferenciação das penas resultantes dos crimes de lesão corporal, injúria e ameaça em razão do contexto no qual cometidos, resultou que os crimes cometidos no âmbito da violência doméstica acabaram por ter igual tratamento a uma lesão corporal resultada de uma briga na rua. A aplicação dos institutos despenalizadores nos delitos decorrentes de violência doméstica e familiar resultam, no entanto, em consequências danosas à mulher, tendo em vista sua condição de hipossuficiência social e histórica.

A Lei 9.099/95 recebeu várias críticas por parte de militantes feministas. A conciliação foi utilizada como um fim, não como um meio de solução do conflito, tendo por enfoque a celeridade e a informalidade, sem desafiar as relações familiares, “preservando a família e suas hierarquias, reificando a relação de violência” (Oliveira, 2008: 46).

A partir desse cenário, os movimentos sociais das mulheres passaram a lutar para retirar os crimes de violência doméstica da competência dos JECrim, já que não era dada a devida atenção à situação da mulher vítima, o que ocorreu com o advento da Lei Maria da Penha.

Os artigos 17 e 41 desse diploma legal vedaram alguns dos institutos despenalizadores da lei 9.099/95: a aplicação das penas pecuniárias, de cesta básica e de multa isoladamente.

Avançando, determinou a criação dos Juizados especializados em violência doméstica nos artigos 14 e 33, que teriam natureza híbrida, competentes para processar e julgar as questões cíveis e penais que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher.

2 Da Competência híbrida dos Juizados de Violência Doméstica

A Lei 11.340/2006 criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do comprometimento do Brasil na ordem jurídica interna e internacional, em especial pela Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher:

Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária **com competência cível** e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o **processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes** da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

(...)

Art. 15. É competente, por opção da ofendida, para os **processos cíveis** regidos por esta Lei, o Juizado: (...). (grifo nosso)

Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.



Desta feita, o Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher tem também competência para processar, julgar e executar todas as causas cíveis decorrentes da situação de violência, como guarda dos filhos, divórcio, pensão alimentícia, dentre outras.

A respeito dessa inovação do Juizado, a Desembargadora Maria Berenice Dias, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, esclarece:

Certamente o maior de todos os avanços foi a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), com competência cível e criminal (Art. 14). Para a plena aplicação da lei o ideal seria que em todas as comarcas fosse instalado um JVDFM e que o Juiz, o Promotor, o Defensor e os servidores fossem capacitados para atuar nessas varas e contassem com uma equipe de atendimento multidisciplinar, integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde (Art. 29), além de curadorias e serviço de assistência judiciária (Art. 34).

Por competência cível, entende-se toda a matéria extra-penal. A Lei 11.340/2006 refere-se a "causas" decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, e, não somente "crimes", "contravenções" ou "infrações penais" decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Deve-se compreender também que os dispositivos da Lei Maria da Penha preveem a violência física, psicológica, sexual, patrimonial, moral contra a mulher. O conteúdo dessas formas de violência podem configurar violência doméstica e mesmo assim não acarretar ação penal, por não se enquadrarem na tipificação penal de nosso ordenamento. A resposta procurada pela mulher em situação de violência pode, assim, ser afeta apenas à questão relativa ao direito civil/família.

O objetivo da nova legislação, além de criar uma estrutura mais capacitada, era o de permitir a unificação da prestação jurisdicional, tornando o processo mais célere, prevenindo decisões incompatíveis e diminuindo a barreira burocrática necessária para a mulher acessar a justiça.

A unificação da competência buscava também evitar a violência institucional, já que a mulher em situação de violência não precisaria se deslocar de juízo em juízo para solucionar as questões atinentes à violência sofrida.

No entanto, o que se passa a questionar, é se a prática dos órgãos jurisdicionais se coaduna com o diploma legal da Lei Maria da Penha e com os compromissos assumidos pelo Brasil através dos documentos internacionais.

A resposta é negativa. A prática jurisdicional caminha para a separação de competências, em que o Juizado de Violência Doméstica resolve as questões penais, as varas de família enfrentam as questões referentes ao assunto e até as varas cíveis acabam tendo de ser acessada quando a demanda não é de família (indenização e extinção de condomínio, por exemplo). O que se observa é que a mulher em situação de violência enfrenta um longo caminho a partir do episódio da violência sofrida.

Assim, pode-se dizer que a Lei Maria da Penha jamais foi implementada em sua totalidade, eis que a competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a



Mulher se resume à "execução" das medidas protetivas de urgência de caráter cível, tal como o afastamento do réu do lar.

A matéria foi tema do I Encontro do FONAVID, ocorrido em novembro de 2009, que incluiu uma recomendação no Enunciado nº 3, estabelecendo que: A competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é restrita às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, devendo as ações relativas a direito de família serem processadas e julgadas pelas Varas de Família.

Em novembro de 2016 o enunciado foi revisitado apenas para inclusão da separação da competência cível e família, mantendo-se a interpretação restritiva decorrente da vitória da cultura judicial sobre uma lei resultado da pressão de movimentos sociais e de determinações de organismos internacionais:

A competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é restrita às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, devendo as ações cíveis e as de Direito de Família ser processadas e julgadas pelas varas cíveis e de família, respectivamente. (NOVA REDAÇÃO APROVADA NO VIII FONAVID-BH)

O IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito da Família - tem se posicionado também neste sentido, considerando que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher devem ser competentes para conceder medidas de caráter cível e de família apenas como medida protetiva, devendo a ação principal ser julgada pelo juízo de família/cível competente. Tal restrição é completamente equivocada.

Em primeiro lugar, observe-se que há supressão de competência sem autorização legislativa. A lei 11.340/06 não impõe nenhum tipo de limite à competência dos juizados de violência doméstica e familiar, restando em ato violador da separação de poderes a redução da competência cível deste juizado ao processo e julgamento de ações civis *ex delicto* ou execução cível de sentenças penais condenatórias.

O artigo 226, §8º, da Constituição Federal de 1988 reserva ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher jurisdição absoluta para o julgamento de suas causas cíveis e criminais, assegurando-se, assim, mecanismos que coíbam a violação dos direitos humanos.

Nesse sentido, veio o julgado do STJ no Recurso Especial nº 1475006 MT 2014/0190121-4:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA EM TRÂMITE JUNTO À VARA ESPECIALIZADA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. ART. 14, DA LEI Nº 11.340/2006. COMPETÊNCIA HÍBRIDA. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO PELO JVD FM. ACÓRDÃO ESTADUAL MANTIDO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da justiça ordinária têm competência cumulativa para o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art.

14, da Lei nº 11.340/2006.



2. Negar o julgamento pela Vara especializada, postergando o recebimento dos provisionais arbitrados como urgentes, seria não somente afastar o espírito protetivo da lei, mas também submeter a mulher a nova agressão, ainda que de índole diversa, com o prolongamento de seu sofrimento ao menos no plano psicológico.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1475006/MT, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 30/10/2014).

Em segundo lugar, conforme o próprio Superior Tribunal de Justiça reconheceu, a restrição da competência obriga a mulher a acessar novamente o Poder Judiciário, resultando em uma nova visita à Defensoria Pública, ou ao advogado, nova bateria de documentos, mais um número de processo a ser registrado, mais uma audiência, resultando num novo ato de violência contra a mulher, dessa vez perpetrado pelo próprio estado.

Não há reconhecimento pelo Poder Judiciário da importância da competência prevista na lei, que representa um avanço significativo para a redução dos obstáculos (econômicos, sociais etc.) que as mulheres enfrentam no acesso à justiça e a proteção de seus direitos e de seus filhos.

Sabadell (2008) questiona se a Lei Maria da Penha seria avanço ou se a relação do Direito com a cultura machista perpetuaria a violência contra a mulher, tornando-a vítima mais uma vez.

Podemos observar que a lei, produto da luta do movimento feminista, foi “assimilada” de uma forma torta pela cultura do direito, ao ponto de revitimizar a mulher, ao invés de ser um mecanismo de empoderamento de enfrentamento à violação de seus direitos fundamentais.

O juizado especial da violência doméstica foi concebido para que esses casos fossem tratados de acordo com as especificidades que requerem.

Deveria ter sido todo pensado, desde a suas instalações físicas (com entradas independentes, por exemplo, para vítimas e agressores) até os servidores que ali atuarão, em razão da matéria que fez jus à sua criação (violência doméstica e familiar contra a mulher).

Assim, a competência híbrida ajudaria a diminuir o número de atos judiciais nos quais a presença da parte é requerida (audiências, depoimentos) bem como proporcionar juízes, defensores, promotores, psicólogos, serventuários especializados e conhecedores de todas as nuances que envolvem o processamento de ações decorrentes da violência de gênero.

3 Das Considerações Finais

Na atuação perante o Juizado de Violência Doméstica e Familiar no foro de São Miguel Paulista, podemos observar como essa restrição gera a revitimização da mulher. A vítima além de deslocar-se ao fórum para participar da instrução criminal, também se deslocará para participar da instrução do processo de família e também para a instrução do processo cível. Em cada instrução será levantada novamente sua condição de vítima, reforçando esse rótulo. Não bastasse isso, é necessário mais uma entrevista na Defensoria Pública, onde mais uma vez a



violência entrará em pauta. Ressalte-se que boa parte das vezes, as testemunhas do processo de violência e dos processos de família são as mesmas.

Essa restrição da competência acaba por levar esses processos não criminais para varas de família que tratam tais processos como os processos de famílias comuns, causando inúmeras situações desfavoráveis às mulheres: designando audiências de conciliação (muitas vezes as vítimas não querem estar na presença do agressor); inexistência de preocupação com a separação das partes, permitindo encontro entre agressor e vítima, mesmo essa possuindo medida protetiva; alienando a violência para o juizado especial e impedindo que ela seja considerada na hora de decidir sobre as questões de família, dentre outros.

Isto posto, é perceptível que o estudo da cultura patriarcal torna-se relevante para o direito, porque as violações dos direitos das mulheres estabelecem uma relação direta com elementos dessa cultura (SABADELL, 2008).

A uma porque o direito reproduz essa cultura patriarcal. Basta uma visita ao Tribunal de Justiça de São Paulo para observarmos quão longe estamos da igualdade no número de desembargadoras mulheres e homens. A primeira desembargadora mulher do Rio Grande do Sul foi Maria Berenice Dias em 1995! A duas porque a cultura jurídica em geral, mesmo a dos juzizados especiais de violência doméstica tem enorme dificuldade em se deslocar do seu olhar patriarcal.

Assim, podemos dizer que estamos longe da implementação realmente efetiva da Lei Maria da Penha e da substancial diminuição das barreiras que as vítimas de violência doméstica enfrentam no acesso à justiça. Trata-se de violência institucional que foi superada pela lei mas não na prática, demandando medidas efetivas do sistema de justiça para que se adapte ao conteúdo da lei.

Desenha-se, portanto, um quadro que tende a banalizar a violência sofrida pelas mulheres, reduzindo-a a um mero processo criminal contra o agressor, filtrando todas as consequências que tal violência poderia ter no julgamento das ações de família e cíveis (por exemplo, o Juizado Especial de Violência Doméstica já poderia dividir os bens amealhados pelo casal levando em conta indenização pedida pela vítima).

A situação também se reflete nas questões familiares referentes à guarda e visita dos filhos. As varas não especializadas tendem a reduzir a importância e o impacto que a violência doméstica tem na relação dos filhos com a vítima, dos filhos com o agressor e até da vítima com a perspectiva do agressor estar à sós com seus filhos.

Somente uma vara especializada, com profissionais especializados, inclusive psicólogos e assistentes sociais, seria capaz de enfrentar o problema globalmente, da forma como ele merece ser enfrentado, de forma a dar dignidade à vítima e a prevenir que ela entre em um novo ciclo de violência, ou mesmo que o agressor acabe repetindo o comportamento em eventual próximo relacionamento.



Referências

OLIVEIRA Marcella Beraldo de. “*Da delegacia de defesa da mulher ao Juizado Especial Criminal: significados da violência de gênero no fluxo processual*”, in Guita Grin Debert, Maria Filomena Gregori e Marcella Beraldo de Oliveira (orgs.), *Gênero, família e gerações: Juizado Especial Criminal e Tribunal de Júri*. Campinas: Pagu/Núcleo de Estudos de Gênero, UNICAMP, 1549.

SABADELL, Ana Lucia. *Algumas reflexões sobre o tratamento jurídico da mulher nas Idades Média e Moderna*. In: FERNANDES, Márcia Adriana; 74 PEDRINHA, Roberta Duboc (orgs.). *Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista*. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 109-122

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero*.

http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2015/08/MJ_VCMeaspraticasins_titucionais.pdf

<http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/2247159/da-competencia-absoluta-dos-juizados-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>

www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/download/.../66



Esterilização voluntária feminina durante o parto ou no pós-parto imediato: os desafios do planejamento familiar

Voluntary female sterilization during childbirth or in the immediate postpartum: the family planning challenges

Yasmin O. Marcadante Pestana
Defensoria Pública
yopestana@defensoria.sp.def.br

Helena Lahtermaher Oliveira
Defensoria Pública
hloliveira@defensoria.sp.def.br

Resumo

O artigo discute a possibilidade de esterilização voluntária feminina, durante o período de parto ou no pós-parto imediato. Situação, esta, que a Lei de Planejamento Familiar (Lei nº 9.263/96), tratou de restringir a casos de “comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores”. Em que pese a restrição, diversas mulheres procuram a Defensoria Pública, a fim de conseguirem autorização para realizar a esterilização voluntária durante o parto ou no pós-parto imediato, pela via judicial. Essas mulheres relatam que não possuem condições para se submeterem a dois procedimentos cirúrgicos (o parto por cesariana e a laqueadura) ou a duas internações (no caso de parto natural), principalmente, porque o filho recém-nascido depende de seus cuidados.

Dessa forma verifica-se que fatores sociais devem ser analisados, sob pena de ignorar-se a realidade de milhões de mulheres, arrimo de famílias, que não possuem condições de se sujeitar a uma segunda internação hospitalar, por motivos outros, que não de ordem de saúde clínica. Verifica-se que caso a caso, os próprios médicos temperam a interpretação da restrição da Lei. Ademais, as Defensorias Públicas Estaduais já obtiveram êxito em ações judiciais com tal propósito. Conclui-se que o dispositivo legal analisado permite interpretações ambíguas. Primeiro, pois a vedação abarca somente o período de parto e aborto, omitindo-se sobre o pós-parto imediato. Além disso, o artigo utiliza-se de um conceito aberto: “comprovada necessidade”, possibilitador de uma gama variada de interpretações. Portanto, restringir a interpretação à análise de saúde é medicalizar o direito à esterilização voluntária, violando o direito reprodutivo consagrado como direito humano.

Palavras-chave: Direitos reprodutivos. Esterilização voluntária. Pós-parto.

Abstract

The article discusses the voluntary female sterilization possibility, during the childbirth period or in the immediate postpartum period. In this situation, the Family Planning Law (Law No. 9.263 / 96) has tried to restrict cases of "proven need of successive cesarean sections." Despite of the restriction, several women seek the Public Defender's Office in order to obtain authorization to perform voluntary sterilization during childbirth or in the immediate postpartum, through the judicial process. These women have been reporting that they do not have conditions to undergo two surgical procedures (cesarean childbirth and tubal ligation) or two hospitalizations (in the case of natural childbirth), mainly because the newborn child depends on their care.

In this way, it is verified that social factors must be analyzed, at the risk of ignore the millions of women realities, the families support, who are not able to be subjected to a second hospital stay, for other reasons than clinical health order. It turns out that on a case-by-case basis, the doctors mitigate the Law restriction interpretation. In addition, the State Public Defender Offices have already succeeded in lawsuits for that purpose. It is concluded that the analyzed legal provisions allow ambiguous interpretations. First, because the fence only covers the birth and abortion period, omitting the immediate postpartum. Besides, the article uses an open concept: "proven need", enabling a wide range of interpretations. Therefore, to restrict interpretation to health analysis is to medicalize the right to voluntary sterilization, violating the reproductive rights enshrined as a human right.

Keywords: Reproductive rights. Female sterilization. Postpartum.



Introdução: situando o problema

A esterilização voluntária feminina, também conhecida como “laqueadura”, é um método contraceptivo que importa “no fechamento das tubas uterinas para impedir a descida do óvulo e a subida do espermatozoide”ⁱ. Vale dizer, é um dos métodos contraceptivos mais utilizado no mundo.ⁱⁱ

Até 1988, a laqueadura era considerada ato criminoso no Brasilⁱⁱⁱ. Tal “proibição” gerou graves distorções na prática da esterilização, ensejando inclusive a realização de cesarianas como forma de esterilização “camuflada”.

Embora persistam controvérsias morais, religiosas e jurídicas em torno da prática é preciso reconhecer que a luta das mulheres possibilitou uma importante alteração de paradigma.

A publicização do termo "direitos reprodutivos" ocorreu no I Encontro Internacional de Saúde da Mulher realizado em Amsterdã, Holanda, em 1984. Dez anos após, consolidou-se na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), sediada no Cairo, Egito, tendo sido reafirmada na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, em Pequim, China, no ano de 1995.^{iv}

Ressalta-se que tais Conferências Internacionais não limitaram a abordar a questão pelo seu viés meramente demográfico, mas aprofundaram o debate de modo a reconhecer os direitos reprodutivos como direitos humanos.

Conforme estabelece o parágrafo 7.3 do Programa de Ação do Cairo:

Os direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos consensuais. **Esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução livre de discriminação, coerção ou violência,** conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.

Na perspectiva feminista aqui adotada, outro não poderia ser o entendimento, pois a esterilização não se presta – ou não deveria nunca se prestar - para práticas de origem utilitária, racista^v ou eugenista^{vi}. Casos de esterilização forçada, infelizmente não raros na história passada e presente, devem ser rechaçados e condenados, sendo seus autores responsabilizados^{vii}.

Atualmente, no Brasil, a esterilização voluntária é compreendida como uma faceta dos direitos sexuais e reprodutivos, do direito das mulheres à autonomia de seus corpos e dos direitos da personalidade – especificamente em relação ao último, ao direito à intimidade e à inviolabilidade da vida privada.

A Lei de Planejamento Familiar (Lei nº 9.263/96), ao regulamentar o §7 do artigo 226 da Constituição da República de 1988, garantiu expressamente o direito à esterilização, em seu décimo artigo. Vejamos:



Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional - Mensagem nº 928, de 19.8.1997)

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro conceito, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.

§ 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.

§ 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.

§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.

§ 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei.

Seguindo os preceitos dos direitos sexuais e reprodutivos, esse artigo discute a possibilidade de esterilização voluntária feminina, durante o período de parto ou no pós-parto imediato. Situação, esta, que a legislação tratou de restringir a casos de “*comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores*”.

Esse questionamento é decorrente do atendimento de diversas mulheres que procuram a Defensoria Pública, a fim de conseguirem autorização para a realização da esterilização voluntária durante o parto ou no pós-parto imediato, pela via judicial. Essas mulheres relatam que não possuem condições para se submeterem a dois procedimentos cirúrgicos (o parto por cesariana e a laqueadura) ou a duas internações (no caso de parto natural), principalmente, porque o filho recém-nascido depende de seus cuidados.

Em razão dos relatos dessas mulheres, esse artigo tem como objetivo refletir sobre a regulamentação da esterilização voluntária nessas circunstâncias.



“Laqueadura” segundo a Lei de Planejamento Familiar

De acordo com a Lei de Planejamento Familiar (Lei nº 9.263/96) mulheres que possuam pelo menos 18 anos e tenham dois filhos e mulheres maiores de 25 anos podem realizar a esterilização voluntária (art. 10, I, da Lei nº 9.263/06). A Lei ainda exige o intervalo de 60 dias entre a manifestação da vontade e do ato cirúrgico.

Essa é a regra geral para a autorização da esterilização voluntária. Contudo, ainda que presente esses requisitos, os (as) médicos (as) resistem a realizar a laqueadura em razão do índice de arrependimento. Muitos entendem que com apenas 25 anos, a escolha por um método contraceptivo irreversível pode ser precipitada.

Embora o índice de arrependimento seja considerável^{viii}, as causas que levam ao arrependimento estão mais relacionadas à falta de informação e acesso aos mecanismos de planejamento familiar e ao machismo, do que propriamente a “maturidade” das mulheres.

Nesse sentido, a insuficiência de uma política de educação sexual na rede pública, associada a não disponibilização ampla e irrestrita de métodos contraceptivos reversíveis (pílulas anticoncepcionais, DIU, injeções etc), é um dos fatores que levam as mulheres a buscarem pela esterilização cirúrgica.

Além disso, a laqueadura não exige a coparticipação do parceiro (que muitas vezes se recusa a utilizar camisinha) e não altera o ciclo hormonal feminino (como as pílulas, anéis e injeções), evitando a ocorrência de efeitos colaterais às mulheres.

De acordo com a Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher de 2006^{ix}, a pílula anticoncepcional é utilizada por 27% das brasileiras, seguida pela esterilização, adotada por 26% das brasileiras. Por outro lado, “quando olhamos para a utilização de métodos contraceptivos masculinos, como o uso da camisinha e a vasectomia, a adoção é extremamente baixa, com apenas 5% dos parceiros das mulheres brasileiras vasectomizados”^x.

Verifica-se, portanto, que o machismo incita a procura pela laqueadura, na medida que as mulheres ainda são as principais responsáveis pelo controle de natalidade e ainda sofrem dificuldades para negociar o uso da camisinha. Acrescenta-se que a consolidação de relacionamentos amorosos por meio da concepção é também uma expressão do machismo, quando está relacionada à comprovação da masculinidade dos homens por meio da reprodução.

Desse modo, ainda que as mulheres mais jovens estejam mais propensas a se arrependem, em virtude das mudanças que irão ocorrer na sua vida, a verdade é que não se pode culpabilizá-las por tal arrependimento e impedi-las de realizar a esterilização voluntária em razão de eventual arrependimento.

Preenchidos os requisitos para a realização da laqueadura, existindo acompanhamento pela equipe multidisciplinar e respeitado o prazo de 60 dias, as mulheres deveriam ter pleno acesso à esterilização cirúrgica, sem qualquer oposição dos médicos. Mas não é isso o que ocorre, muitas vezes, as mulheres passam por um julgamento moral, não previsto em lei, sobre a maturidade ou não de sua decisão.



São diversos os relatos nesse sentido, citamos dois:

“Uma britânica de 29 anos que não quer ter filhos descreveu para a BBC a luta para tentar convencer médicos do serviço público de saúde a fazer uma laqueadura.

‘Se eu digo que não acho que seria uma boa mãe, por exemplo, as pessoas respondem: 'todo mundo se sente assim no começo'. Se eu digo que não consigo imaginar como arrumaria tempo, energia ou dinheiro, me falam: 'encontre um jeito para conseguir'. Se digo que quero dedicar minha vida à minha carreira, as pessoas dizem que sou 'egoísta'. (...)’

‘Depois de terem me dito que eu era 'jovem demais para pensar nisto', apesar do fato de não haver uma idade mínima para a laqueadura na Grã-Bretanha, eu finalmente consegui um encaminhamento neste ano’, disse. (...)’

Holly afirma que não usa outros contraceptivos, pois a pílula anticoncepcional causava efeitos colaterais que a deixou doente durante anos. Ela também ficou sabendo de efeitos colaterais terríveis entre as pessoas que usavam dispositivos intrauterinos.

‘Eu não preciso de contraceptivos reversíveis. Existe uma operação não invasiva de dez minutos que pode resolver este problema para sempre e eu não acredito que, com quase 30 anos e no ano de 2015, ainda tenho que lutar para conseguir esta operação’, disse.

‘Podemos escolher ficar grávidas aos 16 anos mas não podemos rejeitar a maternidade aos 29. Parece que nossas decisões apenas são levadas a sério quando elas estão de acordo com a tradição.”^{xi}

“Quando eu comecei a pensar em fazer laqueadura, já estava grávida do meu terceiro bebê. Como ia ser cesariana mesmo - infelizmente isso já estava definido -, pedi para a médica aproveitar e fazer. (...)’

Nunca me dei bem com nenhum método. Camisinha fura, tentei diversas pílulas, tomáveis e injetáveis. As pílulas me deram varizes, quilos e depressão. Tentei o DIU, mas quando estava colocando tive síncope vagal, minha pressão baixou assustadoramente. (...)’

Por ter feito três cesarianas acabei desenvolvendo uma hérnia. Não cicatrizei direito, doía demais. E como ia ter que operar comecei a correr atrás disso, da tal "permissão legal" para a laqueadura. Já tinha 25 anos, portanto a idade pelamordedeus não seria problema. **Custei a achar um médico que fizesse, e tive que colher permissões. Permissão do macho dominante é óbvio, né? Mulher não tem direito sobre seu corpo, a lei exige que o marido autorize.** (...)’

Meu plano de saúde se recusou a pagar a operação de hérnia, porque eu ia fazer a laqueadura junto. Já é um absurdo o plano não cobrir esse procedimento, ainda por cima negar enquanto o custo para eles ia ser zero. Ia ser durante outro procedimento! Mas acabei conseguindo. Claro que paguei a parte da laqueadura por fora, quase uns dois mil reais. **Essa experiência me fez chegar a algumas conclusões. Como uma mulher que faz pelo SUS consegue?** Eu consegui, finalmente, mas pagando. E mesmo pagando foi bem difícil. Imagina pelo SUS.”^{xii}

Os relatos acima demonstram que mesmo nos casos em que as mulheres preenchem os requisitos para a realização da esterilização voluntária sofrem resistências e preconceitos. Isso porque os (as) médicos (as) e a sociedade rejeitam a possibilidade das mulheres renunciarem a



maternidade (como se a completude da mulher estivesse na maternidade) e porque a esterilização não está na ordem de prioridades cirúrgicas^{xiii}.

Ressalta-se que a Lei de Planejamento Familiar, conforme o segundo relato, exige na vigência da sociedade conjugal, o consentimento expresso do cônjuge. Essa disposição restringe a autonomia privada das partes, mais especificamente das mulheres, que conforme já citado são as que mais realizam a esterilização voluntária. Desse modo, a Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep), em parceria com o Núcleo de Defesa e Promoção dos Direitos da Mulher da Defensoria de São Paulo, propôs a ação direta de inconstitucionalidade nº 5097, para declarar inconstitucional o §5º, do artigo 10, da Lei nº 9.263/96^{xiv}.

Além das dificuldades citadas acima, as mulheres pobres que procuram à Defensoria Pública enfrentam outra dificuldade: o impedimento de realização da esterilização voluntária durante o parto ou no pós-parto imediato. Após a realização do parto, essas mulheres, muitas vezes chefes de família, não possuem com quem deixar o filho recém-nascido, assim não podem se submeter a duas cirurgias ou internações. De tal sorte, o momento do parto é visto como uma boa oportunidade para a realização da esterilização.

Contudo, sobre a realização da laqueadura durante os períodos de parto, o §2º, do artigo 10, da Lei de Planejamento Familiar dispõe que: “*É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores*”.

A partir dessa disposição legal, o Ministério da Saúde expediu a Portaria SAS/MS nº 48/1999 que estabeleceu a seguinte interpretação:

É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante período de parto, aborto **ou até o 42º dia do pós-parto ou aborto**, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores, ou quando a mulher for portadora de doença de base e a exposição a segundo ato cirúrgico ou anestésico representar maior risco para sua saúde. Neste caso a indicação deverá ser testemunhada em relatório escrito e assinado por dois médicos. (art. 4º, inciso IV, parágrafo único).^{xv}

Conclui-se que apenas em duas hipóteses é possível a realização da esterilização voluntária durante o parto ou no pós-parto imediato: (i) comprovada necessidade (indicação materna ou fetal); (ii) em caso de comprovada necessidade por cesarianas sucessivas anteriores (pelo menos, duas cesárias anteriores). No entanto, tais hipóteses não atendem a demanda das mulheres, que mesmo sem essas condições de saúde presente, reclamam pela realização da laqueadura durante o parto ou no pós-parto.

Por quais razões a Lei de Planejamento Familiar restringiu a possibilidade da realização da laqueadura durante o período de parto ou aborto?

O §2º do artigo 10 da Lei nº 9.263/96, interpretado pelo Ministério da Saúde, restringe as possibilidades de esterilização voluntária durante período de parto, aborto ou até o 42º dia do



pós-parto ou aborto em razão de dois principais motivos: inibir a prática do parto por cesariana para a realização da laqueadura e o possível arrependimento das mulheres.

Sobre o primeiro motivo, não é possível dizer que a vedação tenha sido exitosa, uma vez que o Brasil é líder mundial de cesáreas, com 57% das mulheres realizando esse procedimento, ao passo que a Organização Mundial de Saúde (OMS) recomenda que a taxa ideal de cesáreas deve ficar entre 10% a 15% de todos os partos realizados^{xvi}. Ademais, a pesquisa “Nascer no Brasil”, coordenada pela Fiocruz, aponta que a desigualdade social é refletida nos procedimentos do parto: no setor privado, a proporção de cesarianas é superior, atingindo 88% dos nascimentos, enquanto no setor público, as cesarianas chegam a 46%^{xvii}. Os dados revelam que há um número excessivo de cesarianas, mas que ao mesmo tempo as mulheres pobres possuem menos liberdade para “eleger” o procedimento do seu parto.

Nesse sentido, embora a prática indiscriminada das cesarianas deva ser combatida, não é verdade que a restrição da laqueadura no momento do parto ou no pós-parto tenha impactado na inibição de tal prática. Pelo contrário, é possível concluir que a vedação de tal restrição atinge de forma mais contundente as mulheres pobres que não podem “eleger” pelo procedimento cirúrgico combinado com a laqueadura, tão pouco se submeter a duas internações.

A segunda motivação, o arrependimento, é a mais citada entre as justificativas para restringir a possibilidade da realização da esterilização voluntária durante o parto ou no pós-parto imediato. No entanto, como foi comentado no tópico anterior, esse fator deve ser mitigado por uma política de educação sexual mais efetiva e pelo amplo acesso aos meios anticoncepcionais reversíveis.

Em entrevista, a médica Tania di Giacomo do Lago, Coordenadora da Área Técnica de Saúde da Mulher do Ministério da Saúde de 1995 a 2002, durante a aprovação da Lei de Planejamento Familiar, relatou que:

“Depois de muita discussão com especialistas, ficou claro que não poderíamos dizer que o parto terminava com a saída da placenta e o fechamento da incisão cirúrgica, uma vez que isso não garantia a não realização da laqueadura naquele ato cirúrgico. Tendo em vista que o deputado Eduardo Jorge, quando inseriu esse artigo na lei, **fazia questão de separar o momento de dar à luz do momento de encerrar a capacidade reprodutiva, porque a maioria das pesquisas mostrava – e mostra até hoje – que, com frequência, as mulheres que se arrependem fizeram a opção no momento do parto influenciadas por experiências negativas naquela gravidez, ficou regulamentado que a laqueadura só poderia ser feita 42 dias depois de a mulher ter dado à luz.**”^{xviii}

Quando questionada sobre a consequência dessa regulamentação, Tânia comenta que:

A primeira consequência prática foi gerar a necessidade de duas internações para realizar o que se fazia em uma única internação. Ora, em ginecologia e obstetrícia, se não se aumenta a oferta de leitos, mas a demanda aumenta, o resultado fica comprometido. Não sei dizer em que extensão, mas é isso que ocorre hoje e justifica a dificuldade de realizar a laqueadura. (...)

Embora [a mulher] seja internada por um período curto, **nessa fase as mulheres estão consumidas pela tarefa de ser mãe e com pouco espaço interno e externo para interromper a reprodução**”^{xix}.



Essa fala é significativa porque revela que o próprio sistema público de saúde não possui condições para realizar duas internações, o que gere uma dificuldade adicional para as mulheres.

Também sobre as consequências dessa restrição o Parecer nº 08/2004 do Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará (CREMEC) questiona:

Podemos observar que o legislador teve zelo excessivo em inibir a prática de indicação da cirurgia cesariana com a finalidade de laqueadura tubária e que, em virtude disso, existe um preço a pagar: a necessidade de uma nova cirurgia naquelas mulheres hígidas que são submetidas à cesárea por indicação obstétrica correta. (...)

Devemos ter a clareza de que se a laqueadura não for efetuada no momento do parto (durante uma operação cesariana ou laqueadura peri-umbilical nos casos de parto transpélvico), implicará em ocorrências possíveis e previsíveis: a mulher deverá internar-se algum tempo depois do parto, redundando numa nova internação; deverá passar por novo processo anestésico e cirúrgico; as atribuições do dia-a-dia, com os seus afazeres domésticos e/ou profissionais, a impedirão de nova internação; e, o pior, muitas vezes procurará o serviço tempos depois com uma nova gravidez.

Perguntamos, outrossim, para onde encaminhar essas pacientes? Quem está a garantir à mulher ou ao casal o acesso a Serviços de Planejamento Familiar devidamente estruturados, com equipe multidisciplinar (ou multiprofissional), com todos os métodos anticoncepcionais disponíveis e com a possibilidade de realização da laqueadura tubária de intervalo (após o puerpério tardio)? Infelizmente temos absoluta carência de tais serviços em nosso Estado ou Município. É provável que a realidade nacional não seja diferente. Este direito da mulher/casal, legalmente estabelecido, carece da possibilidade de implementação. Mesmo nos casos em que existe indicação da laqueadura tubária por doença materna, encontramos dificuldades na sua execução, por inexistirem serviços de Planejamento Familiar devidamente estruturados nas maternidades. Nestas situações, em que a laqueadura pode ser realizada no período intraparto ou pós-parto imediato (procedimento peri-umbilical), temos que contar com a boa vontade das equipes de plantão nos diferentes hospitais, que trabalham nos setores de emergência obstétrica, de vez que o procedimento, por não ser de urgência/emergência, não se constitui em prioridade no plantão.^{xx}

Nas duas citações, os profissionais lamentam pela restrição trazida pela Lei, ainda que entendam suas motivações, e refletem que existem situações que para evitar a dupla internação das mulheres ou dois procedimentos cirúrgicos seria possível a realização da esterilização no momento do parto ou no pós-parto imediato.

É possível realizar laqueadura durante ou pós-parto?

A Portaria nº 48/99 do Ministério da Saúde interpretou o disposto no §2º do artigo 10 da Lei nº 9.263/99 para permitir a esterilização voluntária durante o parto ou no pós-parto imediato apenas em duas hipóteses: (i) em caso de comprovada necessidade por cesarianas sucessivas anteriores; ou (ii) ou quando a mulher for portadora de doença de base e uma nova gravidez coloque em risco a vida ou a saúde da paciente ou do produto conceptual.



Contudo, na incoerência dessas situações, as mulheres buscam a realização da laqueadura a fim de não se submeterem a duas internações ou duas cirurgias. Assim, pretende-se questionar a possibilidade da mulher realizar a laqueadura no momento do parto ou do pós-parto, que tenha realizado o planejamento familiar e que tenha cumprido o intervalo de 60 dias entre sua declaração de vontade e a cirurgia, mas não cumpra os requisitos dispostos na lei.

Sobre a questão, o médico Sérgio Yamamoto, na tese “A esterilização cirúrgica feminina no Brasil, controvérsias na interpretação e desafios na aplicação da Lei nº 9.263/99”, após entrevistar alguns médicos^{xxi}, concluiu que fora das hipóteses normativas pela Portaria, muitos médicos entendem que mesmo que seja a primeira cesárea da mulher, para evitar duas internações, é possível realizar a laqueadura, uma vez que a Lei é ambígua. No entanto, os médicos refutam a indicação da cesárea apenas para a realização da laqueadura.

Assim, verifica-se que caso a caso, os próprios médicos temperam a interpretação da restrição da Lei.

Judicialmente, as Defensorias Públicas Estaduais já propuseram ações judiciais (obrigação de fazer ou alvará) para requerer a autorização judicial para a realização de esterilização em concomitância com o parto. Citamos alguns casos:

A Defensoria Pública do Estado de Sergipe, através dos Núcleos de Direitos Humanos e Saúde, ingressou com Ação de Obrigação de Fazer junto ao Juizado Especial da Fazenda Pública em face do Estado de Sergipe e Município de Aracaju para obter autorização de cirurgia de laqueadura das trompas concomitante a realização do parto da dona de casa, C. R. C. B. (...)

Outra situação apontada pelo defensor público é que Cátia Regina tem quatro filhos menores, sendo que um é portador de necessidades especiais. “Dona Cátia atualmente conta com 35 anos de idade, já possui quatro filhos, todos eles menores, sendo que um deles tem hidrocefalia. Além disso, ainda encontra-se desempregada, mora de aluguel, não convive com o companheiro e vive de bolsa família. Destarte, por tais condições a assistida não pode e não deseja mais parir, visto que parte do seu tempo destinar-se-á aos cuidados da filha menor portadora de necessidades especiais e dos demais filhos”, ressaltou Miguel Cerqueira.

Na decisão, o magistrado entende que a situação da assistida é delicada e concede a antecipação dos efeitos da tutela, determinando que a Associação Aracajuana de Beneficência Hospital e Maternidade Santa Izabel, o Estado de Sergipe e o Município de Aracaju autorizem e forneçam os insumos necessários à realização de parto cesariana, concomitante com cirurgia de laqueadura das trompas de falópio no prazo máximo, sob pena de ser sequestrado valor suficiente para cumprimento da obrigação.^{xxii}

A Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, através do Núcleo Regional de São Miguel do Oeste, obteve autorização judicial para a realização de procedimento de esterilização (laqueadura tubária) em paciente atendida pelo SUS, a ser realizado no momento de seu próximo parto. A assistida, de 26 anos, em união estável e com 3 filhos vivos, está em sua quarta gestação e expressou o desejo de não ter mais filhos, haja vista que a gestação atual ocorreu enquanto fazia uso de método anticoncepcional. Desta forma, solicitou aos médicos da rede pública a realização de laqueadura quando de seu próximo parto, tendo sido informada que o procedimento somente poderia ser realizado em outra data (diversa da cesárea) ou então, para ser realizada na mesma data, teria que obter uma autorização judicial.



Os médicos da rede pública recusavam-se a realizar o procedimento no momento do próximo parto (cesárea) por entender que existiria uma vedação legal(...).

A assistida do Núcleo Regional da Defensoria Pública em São Miguel do Oeste, atendia perfeitamente aos requisitos mencionados no inciso I, pois além de ter mais de 25 anos, possui 3 filhos vivos, sendo assim, desnecessária a realização da cesárea em um dia e da laqueadura em outro.

Devido à negativa dos médicos, a Defensoria Pública ajuizou pedido de Alvará Judicial e obteve a autorização para que a paciente realizasse o procedimento no momento do parto, evitando, assim, uma segunda cirurgia apenas para a realização do procedimento de esterilização^{xxiii}.

Durante o pré-natal do segundo filho, uma mulher de 21 anos apresentou o desejo de limitar o número da família através de uma cirurgia de esterilização na Rede Pública. No entanto, este tipo de procedimento é regulado por lei, e só por meio de um Alvará Judicial solicitado pela Defensoria Pública que ela pode realizar, no dia do parto, a cirurgia de laqueadura.

enfrentar dificuldades financeiras e de saúde, pois é portadora do vírus HIV. No entendimento do defensor público Fabrício Silva Brito, autor da Ação, “com a família a ser constituída por duas crianças e tendo que arcar com as despesas, já precariamente, visto que a mulher é carente, seria inviável para a família conceber outros filhos”, relatou.

A juíza Renata Teresa da Silva Macor julgou procedente a petição da Defensoria Pública por considerar os preceitos da Constituição Federal, no artigo 226, que caracteriza o planejamento familiar como livre decisão do casal. “A AIDS é uma doença crônica e incurável e ao decidir pela esterilização definitiva, medida drástica e irreversível, a autora age com os sentimentos verdadeiros de mãe, pois coloca a preocupação com a saúde de futuros conceptos à frente do seu direito de gerar novas vidas”, acrescentou.^{xxiv}

Os casos acima demonstram que além das hipóteses disciplinadas pela Portaria do Ministério da Saúde, existem situações excepcionais que podem autorizar a realização da laqueadura no pós-parto imediato.

A comunidade médica e os (as) juízes (as) interpretam o §2º, do artigo 10, da Lei de Planejamento de Familiar de acordo com o caso concreto, o que por um lado é positivo, uma vez que existem situações que justificam excepcionar a vedação, mas por outro deixa as mulheres sujeitas ao arbítrio das autoridades.

Conclusão

Desta forma, compreende-se que o dispositivo legal analisado permite interpretações ambíguas. Primeiro, pois a vedação abarca somente o período de parto e aborto, omitindo-se sobre o pós-parto imediato. Ademais, o dispositivo menciona “comprovada necessidade”, conceito aberto, possibilitador de uma gama variada de interpretações.

Conforme as situações concretas anteriormente descritas, há outros fatores capazes de justificar a laqueadura no pós-parto imediato, que não a situação de saúde clínica da mulher.



Fatores sociais devem ser analisados como aptos a permitir a realização da laqueadura no pós-parto imediato. Desconsiderá-los é ignorar a realidade de milhões de mulheres, arrimo de famílias, que não possuem condições de se submeterem a uma segunda internação hospitalar.

Frisa-se: não se trata de incentivar o parto cesariano a mulheres que não possuem indicação para tal, mesmo porque para partos normais, a indicação menos invasiva é a laqueadura por histeroscopia, procedimento que não utiliza corte, com duração máxima de 10 minutos e que permite que a mulher retorne as suas atividades normais^{xxv}.

Portanto, restringir a interpretação à análise de saúde é medicalizar o direito à esterilização voluntária, violando, portanto, direito reprodutivo consagrado como direito humano.

Referências

ARONOVICH, Lola. Anticoncepcionais, Laqueadura, Cesarianas e o Direito sobre o Corpo da Mulher. Escreva Lola Escreva. Santa Catarina, mar. 2009. Disponível em: <<http://escrevalolaescreva.blogspot.com.br/2009/03/anticoncepcionais-laqueadura-cesarianas.html>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

ARRAES, Jarrid. Mulher Negra e Saúde: A Invisibilidade Adoece e Mata!. Revista Fórum Semanal. Disponível em: <<http://revistaforum.com.br/digital/176/mulher-negra-e-saude-invisibilidade-adoece-e-mata/>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

ASSOCIAÇÃO DOS DEFENSORES PÚBLICOS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Defensoria Pública em São Miguel do Oeste obtém autorização judicial para laqueadura em paciente carente. Santa Catarina, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.adepsc.org.br/noticia/defensoria-publica-em-sao-miguel-do-oeste-obtem-autorizacao-judicial-para-laqueadura-em-paciente-carente/>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. Defensoria Pública consegue cirurgia de laqueadura para mulher de 35 anos. Brasília. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2sDrprMlecYJ:www.anadef.org.br/ultimas-noticias/1-latest-news/3672-defensoria-publica-consegue-cirurgia-de-laqueadura-para-mulher-de-35-anos&num=1&hl=pt-BR&gl=br&strip=1&vwsrc=0>>. Acesso em: 29/04/2016.

BARBOSA, L.F. ; LEITE, I. C. ; NORONHA, M. F. Arrependimento após a esterilização feminina no Brasil. Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil. Recife, v. 9, n. 2, jun. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292009000200007>. Acesso em: 28 abr. 2016

BBC BRASIL. Jovem britânica que não quer ter filhos descreve luta para convencer médicos a fazer laqueadura. G1, 2015. Disponível em:



<<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/11/jovem-britanica-que-nao-quer-ter-filhos-descreve-luta-para-convencer-medicos-a-fazer-laqueadura.html>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

COMISSÃO INTRAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório No 71/03. Petição 12.191. Solução Amistosa. Peru, 2003. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Peru.12191.htm>>. Acesso em: 10 mai. 2016.

CREMESP. Consulta nº 60.174/98. Assunto: Esterilização voluntária. Interpretação da Lei 9.263/96 São Paulo, mar. 1999 Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmsp/pareceres/1998/60174_1998.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

ENSP - ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA SERGIO AROUCA. Nascer no Brasil: Inquérito nacional sobre parto e nascimento. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www6.ensp.fiocruz.br/nascerbrasil/principais-resultados2/>. Acesso em: 29/04/2016.

FÉLIX, Lilian. A mulher e a pílula. Blogueiras Feministas. São Paulo, abr. 2011. Disponível em: <<http://blogueirasfeministas.com/2011/04/a-mulher-e-a-pilula/>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

FORTALEZA. Parecer CREMEC Nº 08/2004, 26 de Abril de 2004. Disponível em: <<http://www.cremec.com.br/pareceres/2004/par0804.htm>>. Acesso em 29 abr. 2016.

LAGO, Tânia di Giacomo do. Laqueadura. Site Dráuzio Varella. São Paulo, set. 2011. Disponível em <<http://drauziovarella.com.br/mulher-2/laqueadura/>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. Sur Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo São Paulo, v. 5, n. 8, p. 60-83, jun. 2008 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000100004>. Acesso em: 10 mai. 2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher – PNDS 2006: dimensões do processo reprodutivo e da saúde da criança/ Ministério da Saúde, Centro Brasileiro de Análise e Planejamento. – Brasília, 2009. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pnds_crianca_mulher.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2016.

NERI, Felipe. Mulheres passam por laqueadura sem cortes e anestesia em Brasília. G1 DF, mai. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2012/05/mulheres-passam-por-laqueadura-sem-cortes-e-anestesia-em-brasilia.html>>. Acesso em: 29 abr. 2016;

NOTÍCIAS STF. ADI contesta consentimento de cônjuge para esterilização voluntária. Brasília, mar. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262712>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

PAES, Elioenai. Laqueadura moderna é pouco invasiva, dura 10 minutos e não tem anestesia. IG Saúde, São Paulo, jul. 2015. Disponível em:



<<http://saude.ig.com.br/minhasaude/2015-07-29/laqueadura-moderna-e-pouco-invasiva-dura-10-minutos-e-nao-tem-anestesia.html>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

PELLEGRINI, Marcelo. O que fazer com a epidemia de cesáreas no Brasil?. Carta Capital. São Paulo, ago. 2015. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/saude/epidemia-de-cesareas-influencia-na-mortalidade-materna-5619.html>. Acesso em 29 abr. 2016.

UNIVERSIDADE ABERTA DO SUS. Declaração da OMS sobre Taxas de Cesáreas. abr. 2015. Disponível em <<http://unasus.gov.br/noticia/declaracao-da-oms-sobre-taxas-de-cesareas>>. Acesso em 29 abr. 2016.

VALE, Keliane. Mulher de 21 anos foi autorizada a realizar laqueadura pelo SUS. Defensoria Pública do Estado do Tocantins, dez. 2013. Disponível em: <<http://ww2.defensoria.to.gov.br/noticia/10643>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

VARELLA, Dráuzio. A meus colegas médicos. Site Dráuzio Varella. São Paulo, abr. 2011. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/mulher-2/gravidez/a-meus-colegas-medicos/>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

YAMAMOTO, Sérgio Toshio. A esterilização cirúrgica feminina no Brasil, constroverências na interpretação e desafios na aplicação da Lei 9263. 2011. 202f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública). Faculdade de Saúde Pública, USP, São Paulo, São Paulo, 2011.

ⁱ VARELLA, Dráuzio. A meus colegas médicos. Site Dráuzio Varella. São Paulo, abr. 2011. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/mulher-2/gravidez/a-meus-colegas-medicos/>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

ⁱⁱ “A esterilização feminina tem sido considerada o método de contracepção mais utilizado no mundo. Segundo levantamento feito pelas Nações Unidas, 21% de todos os casais adotaram a esterilização feminina como opção contraceptiva.” BARBOSA, L.F. ; LEITE, I. C. ; NORONHA, M. F. Arrependimento após a esterilização feminina no Brasil. Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil. Recife, v. 9, n. 2, jun. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292009000200007>. Acesso em: 28 abr. 2016

ⁱⁱⁱ Classificava-se a laqueadura como uma lesão provocada por alguém em terceiro que prejudica a função do órgão reprodutivo. YAMAMOTO, Sérgio Toshio. A esterilização cirúrgica feminina no Brasil, constroverências na interpretação e desafios na aplicação da Lei 9263. 2011. Fl. 13. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública). Faculdade de Saúde Pública, USP, São Paulo, São Paulo, 2011.

^{iv} MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. Sur, Rev. int. direitos human., São Paulo, v. 5, n. 8, p. 60-83, June 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806- Acesso em: 10/05/2016.

^v “Um ponto de comparação que deve render pesquisas e debates é a questão da esterilização compulsória imposta às mulheres negras: se em alguns países, como o Quênia, as mulheres portadoras do HIV ou AIDS passam por esterilizações forçadas, no Brasil algo similar também já aconteceu. **‘No Brasil, a esterilização forçada juntamente com a esterilização em massa tinha por finalidade diminuir o contingente populacional de negros e pobres no país, e isso acontecia também em outros países que praticavam a medicina eugênica.** Aqui, na década de 1980, organismos internacionais – com apoio do governo brasileiro –, foi iniciada uma agenda incisiva de controle de natalidade com o uso de métodos hormonais [pílulas e injeções], sobretudo no nordeste brasileiro’, salienta”. ARRAES, Jarrid. Mulher



Negra e Saúde: A Invisibilidade Adoece e Mata!. Revista Fórum Semanal. Disponível em: <<http://revistaforum.com.br/digital/176/mulher-negra-e-saude-invisibilidade-adoece-e-mata/>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

^{vi} Durante o regime nazista na Alemanha, milhares de homens e mulheres foram esterilizados compulsoriamente. O campo de concentração, e posteriormente de extermínio, Ravensbrück era destinado exclusivamente para mulheres. "Estamos falando de crimes específicos de gênero, como abortos forçados, esterilização, prostituição forçada. É uma parte crucial da história das atrocidades nazistas." Ressalta Sarah Helm, autora de "Se isto é uma mulher?". Disponível: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150126_campo_concentracao_mulheres_cc. Acesso em: 11/05/2016.

^{vii} Durante a ditadura de Alberto Fujimori (1990-2000), no Peru, milhares de mulheres foram submetidas a esterilização forçada no bojo do "Programa Nacional de Prevenção e Planificação Familiar". O caso emblemático da camponesa indígena María Mamérita, submetida de maneira forçada a um procedimento cirúrgico de esterilização, que resultou na sua morte, foi denunciado a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. COMISSÃO INTRAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório No 71/03. Petição 12.191. Solução Amistosa. Peru, 2003. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Peru.12191.htm>>. Acesso em: 10 mai. 2016.

^{viii} "O arrependimento ainda é um tema pouco explorado no Brasil. Segundo estudos realizados em algumas cidades do país, a taxa de arrependimento encontrada variou de 11% a 15%.¹⁴⁻¹⁶ Segundo a PNDS-1996, única pesquisa de âmbito nacional que aborda o assunto, a taxa de arrependimento foi de 10,5%". "Arrependimento após a esterilização feminina no Brasil". BARBOSA, L.F. ; LEITE, I. C. ; NORONHA, M. F. Arrependimento após a esterilização feminina no Brasil. Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil. Recife, v. 9, n. 2, jun. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292009000200007>. Acesso em: 28 abr. 2016

^{ix} MINISTÉRIO DA SAÚDE. Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher – PNDS 2006: dimensões do processo reprodutivo e da saúde da criança/ Ministério da Saúde, Centro Brasileiro de Análise e Planejamento. – Brasília, 2009. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pnds_crianca_mulher.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2016.

^x FÉLIX, Lilian. A mulher e a pílula. Blogueiras Feministas. São Paulo, abr. 2011. Disponível em: <<http://blogueirasfeministas.com/2011/04/a-mulher-e-a-pilula/>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

^{xi} BBC BRASIL. Jovem britânica que não quer ter filhos descreve luta para convencer médicos a fazer laqueadura. G1, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/11/jovem-britanica-que-nao-quer-ter-filhos-descreve-luta-para-convencer-medicos-a-fazer-laqueadura.html>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

^{xii} ARONOVICH, Lola. Anticoncepcionais, Laqueadura, Cesarianas e o Direito sobre o Corpo da Mulher. Escreva Lola Escreva. Santa Catarina, mar. 2009. Disponível em: <<http://escrevalolaescreva.blogspot.com.br/2009/03/anticoncepcionais-laqueadura-cesarianas.html>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

^{xiii} "Sabemos que, por falta de leitos públicos, entre a internação de uma mulher com um tumor uterino e outra para laqueadura o médico é forçado a escolher a primeira. (...) A mãe de sete filhos aos 30 anos, que preenche todos os requisitos para a laqueadura e que espera anos sem ser chamada, quando tem a felicidade de ver o médico, muitas vezes ouve que ainda é jovem, que irá se arrepender, que o marido poderá morrer e ela casar com um rapaz sem filhos. A regra é fazer o possível para movê-la da intenção e não mover uma palha para agilizar a paquidérmica burocracia dos hospitais públicos. **Isso, quando não lhe é dito ser proibido fazer laqueadura pelo SUS, argumento que os inescrupulosos utilizam para cobrar o procedimento "por fora"**. O desconhecimento generalizado da existência de uma lei federal que trata do planejamento familiar não enobrece nossa profissão. Por lei, todas as brasileiras em idade reprodutiva têm o direito de receber anticoncepcionais de graça pelo SUS. Isso inclui meninas de 11 anos que menstruaram pela primeira vez; mulheres e homens maiores de 25 anos ou com pelo menos dois filhos vivos, que optaram por laqueadura ou vasectomia". VARELLA, Dráuzio. A meus colegas médicos.



Site Dráuzio Varella. São Paulo, abr. 2011. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/mulher-2/gravidez/a-meus-colegas-medicos/>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

^{xiv} NOTÍCIAS STF. ADI contesta consentimento de cônjuge para esterilização voluntária. Brasília, mar. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262712>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

^{xv} CREMESP. Consulta nº 60.174/98. Assunto: Esterilização voluntária. Interpretação da Lei 9.263/96 São Paulo, mar. 1999 Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/pareceres/crmisp/pareceres/1998/60174_1998.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

^{xvi} PELLEGRINI, Marcelo. O que fazer com a epidemia de cesáreas no Brasil?. Carta Capital. São Paulo, ago. 2015. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/saude/epidemia-de-cesareas-influencia-na-mortalidade-materna-5619.html>. Acesso em 29 abr. 2016.

^{xvii} ENSP - ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA SERGIO AROUCA. Nascer no Brasil: Inquérito nacional sobre parto e nascimento. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www6.ensp.fiocruz.br/nascerbrasil/principais-resultados/>. Acesso em: 29/04/2016.

^{xviii} LAGO, Tânia di Giacomo do. Laqueadura. Site Dráuzio Varella. São Paulo, set. 2011. Disponível em <<http://drauziovarella.com.br/mulher-2/laqueadura/>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

^{xix} LAGO, Tânia di Giacomo do. Laqueadura. Site Dráuzio Varella. São Paulo, set. 2011. Disponível em <<http://drauziovarella.com.br/mulher-2/laqueadura/>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

^{xx} FORTALEZA. Parecer CREMEC Nº 08/2004, 26 de Abril de 2004. Disponível em: <<http://www.cremec.com.br/pareceres/2004/par0804.htm>>. Acesso em 29 abr. 2016.

^{xxi} YAMAMOTO, Sérgio Toshio. A esterilização cirúrgica feminina no Brasil, controvérsias na interpretação e desafios na aplicação da Lei nº 9.263/99. (Tese de mestrado), P. 133- 142. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6136/tde.../SergioYamamoto.pdf. Acesso em 29/04/2016.

^{xxii} ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. Defensoria Pública consegue cirurgia de laqueadura para mulher de 35 anos. Brasília. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2sDrprMIecYJ:www.anadef.org.br/ultimas-noticias/1-latest-news/3672-defensoria-publica-consegue-cirurgia-de-laqueadura-para-mulher-de-35-anos&num=1&hl=pt-BR&gl=br&strip=1&vwsrc=0>>. Acesso em: 29/04/2016.

^{xxiii} ASSOCIAÇÃO DOS DEFENSORES PÚBLICOS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Defensoria Pública em São Miguel do Oeste obtém autorização judicial para laqueadura em paciente carente. Santa Catarina, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.adepec.org.br/noticia/defensoria-publica-em-sao-miguel-do-oeste-obtem-autorizacao-judicial-para-laqueadura-em-paciente-carente/>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

^{xxiv} VALE, Keliane. Mulher de 21 anos foi autorizada a realizar laqueadura pelo SUS. Defensoria Pública do Estado do Tocantins, dez. 2013. Disponível em: <<http://ww2.defensoria.to.gov.br/noticia/10643>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

^{xxv} NERI, Felipe. Mulheres passam por laqueadura sem cortes e anestesia em Brasília. G1 DF, mai. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2012/05/mulheres-passam-por-laqueadura-sem-cortes-e-anestesia-em-brasilia.html>>. Acesso em: 29 abr. 2016;

PAES, Elioenai. Laqueadura moderna é pouco invasiva, dura 10 minutos e não tem anestesia. IG Saúde, São Paulo, jul. 2015. Disponível em: <<http://saude.ig.com.br/minhasaude/2015-07-29/laqueadura-moderna-e-pouco-invasiva-dura-10-minutos-e-nao-tem-anestesia.html>>. Acesso em: 29 abr. 2016.



Por que falar de gênero no ensino jurídico?

Why talk about gender in legal education?

Maira Zapater

Doutora em Direitos Humanos (Faculdade de Direito da USP)

Professora e Coordenadora do curso "Gênero, Direitos Humanos e Sistema de Justiça"¹

maira.zapater@gmail.com

Resumo

Qual a importância de trazer a discussão sobre as relações de gênero para o ensino jurídico? A Constituição Federal de 1988 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro uma nova perspectiva quanto às relações entre indivíduo, Estado e sociedade no que diz respeito aos Direitos Humanos, e é a primeira carta política a estabelecer expressamente a igualdade jurídica entre mulheres e homens. No período pós-redemocratização, demandas sociais por transformações da realidade ainda desigual para os gêneros passaram a exigir do Estado providências e políticas públicas que assegurassem o pleno exercício dos direitos positivados com hierarquia constitucional. Nesse cenário, o sistema de justiça ganha novo papel, como setor do Poder Público responsável por reparar as lesões a direitos até então invisibilizados em um sistema de justiça tradicional. Os contemporâneos movimentos sociais atuantes nas questões de gênero passaram a requerer que os atores do sistema de justiça detenham um conhecimento crítico da construção deste conceito, que vem sendo objeto central de demandas judiciais, possibilitando desconstruir preconceitos e elaborações do senso comum e evitando reproduzir desigualdades e assimetrias em um espaço onde devem ser combatidas.

Palavras-chave: Gênero e Sistema de Justiça. Direitos Humanos. Ensino jurídico.

Abstract

What is the importance of bringing the discussion on gender relations to legal education? The Federal Constitution of 1988 introduced into the Brazilian legal system a new perspective on the relation between individual, State and society regarding Human Rights, and it is the first political letter that expressly establishes legal equality between women and men. In the post-redemocratization period, social demands for transformations of the still unequal reality for men and women started to demand of the State measures and public policies that assure the full exercise of constitutional rights. In this scenario, the justice system gains a new role, as a sector of the Public Power responsible for repairing the injuries to rights hitherto invisibilized in a traditional justice system. Contemporary social movements working on gender issues require that the actors of the justice system have a critical knowledge of the construction of this concept, which is the central object of judicial demands, making it possible to deconstruct prejudices and elaborations of the common sense and avoiding reproducing inequalities and asymmetries in a space where they must be combated.

Keywords: Gender and Justice System. Human Rights. Legal education.

¹ O projeto foi fruto de parceria estabelecida entre o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e a Escola da Defensoria do Estado de São Paulo, e ministrado por professoras integrantes e convidadas do Núcleo de Pesquisas do Instituto. Realizado entre janeiro e abril de 2016.



Introdução

Este texto propõe o seguinte questionamento: por que falar de *gênero* no ensino jurídico?

Para que se atinja a finalidade proposta no título, é necessário, antes, apresentar os elementos que poderão fornecer pistas para refletirmos sobre a relevância da introdução desse tema nos estudos do Direito. Por essa razão, inicio o debate trazendo breves conceitos a respeito do que sejam os estudos das relações de gênero, aproximações e distinções destes estudos com os direitos humanos das mulheres para, a seguir, indicar os pontos de tangência com o ensino jurídico.

Sendo o fio condutor deste artigo a importância da discussão sobre as relações de gênero no ensino do Direito, cabe aqui tecer algumas considerações para explicar porque falarei alguns tópicos adiante de direitos das mulheres. Inicio esclarecendo que os estudos sobre direitos das mulheres e relações de gênero não são sinônimos. Estudar questões de gênero significa observar como se constroem as identidades femininas e masculinas em um campo social no qual as relações entre mulheres e homens se articulam a partir de uma circulação assimétrica de poder. E os estudos inaugurais de gênero (especialmente na área das Ciências Sociais) são concomitantes (e, em alguma medida, correlatos) ao surgimento da 2ª onda feminista nos anos 1960-1970, quando aumento da presença feminina nas universidades norte-americanas e europeias foi fator fundamental para a construção do arcabouço teórico do feminismo de 2ª geração. O termo “gênero”, até então utilizado pela psicologia e pela sexologia, começa a ser utilizado pelas feministas acadêmicas na década de 1970 para enfatizar o caráter relacional - e, portanto, político - das definições normativas de masculinidade e feminilidade (STOLKE, 2004, p. 88), propondo uma virada teórica na leitura das teorias sociais até então construídas, que passam a ser pensadas à luz da perspectiva de gênero. O surgimento dos estudos de gênero no campo acadêmico relaciona-se, portanto, com as novas demandas postas por movimentos feministas e, por isso, nesse primeiro momento, serão relativos às mulheres (em geral, associadas à construção cultural de seu papel na família). Posteriormente, a concepção relacional e política dos gêneros abre espaço para que as próximas gerações de autoras e autores estabeleçam novas correlações como gênero e raça, ou examinem a construção de modelos de masculinidade, ou ainda questionem a visão do sexo anatômico como verdade biológica, entre outras ampliações do horizonte de estudo.

Mas, além da contribuição para a transformação acadêmica, os movimentos feministas também empreenderam (aliás, vêm empreendendo) militância no campo jurídico: demandas pela descriminalização e regulamentação do aborto, por legislações específicas para o combate e a prevenção à violência doméstica e, mais recentemente, pela tipificação do feminicídio são apenas alguns exemplos da mobilização do Direito pelos movimentos sociais, que vislumbram ali um espaço de transformação social. Demandas dessa natureza cada vez mais se tornam cotidianas no trabalho das operadoras e operadores do Direito atuantes no sistema de justiça, e o ensino jurídico tradicional brasileiro, por uma série de fatores históricos e políticos, não disponibiliza aos estudantes de graduação o instrumental necessário para a compreensão



adequada dessas demandas. Mesmo com a (embora ainda insuficiente) inserção de disciplinas de Direitos Humanos (ou direitos fundamentais, a depender da grade curricular), a discussão acadêmica sobre os processos de reconhecimento de especificidades de sujeitos de Direito vulneráveis, com a compreensão crítica da formação dos marcadores sociais da diferença (tais como gênero, raça, classe, idade etc) e das minorias políticas ainda é incipiente em muitos dos cursos de Direito.

Especificamente em relação às questões de gênero, defendo ser urgente a inclusão do tema, que se transformou em espaço de disputa política com setores sociais conservadores que alegam existir a “imposição” de uma suposta “ideologia de gênero”, expressão carregada de equívocos conceituais: o termo “ideologia” pode ser descrito como a designação de um conjunto de ideias, convicções e princípios filosóficos, sociais ou políticos que caracterizam o pensamento de um indivíduo, grupo, movimento, época, sociedade¹. No senso comum, o termo “ideologia” é frequentemente empregado para identificar situações nas quais pessoas são persuadidas por meios escusos a adotar convicções sem que lhes seja dada qualquer possibilidade de crítica sobre o posicionamento adotado de forma impositiva. Mas estudar as relações de gênero não implica, em absoluto, persuadir qualquer pessoa a coisa alguma, mas sim refletir sobre as construções sociais dos papéis esperados de mulheres e homens e, em relação ao campo do Direito, o quanto essas construções corroboraram para a produção de legislações com previsões discriminatórias, asseguradas por decisões judiciais.

Porém, o argumento da “ideologia de gênero” vem sendo mobilizado politicamente para propositura de projetos de lei representativos de retrocessos em termos de Direitos Humanos, reafirmando diferenças como desigualdades. A compreensão da distinção entre estas e aquelas deve, necessariamente, ser parte do que se aprende em um curso de Direito, em especial para refrear retrocessos em relação aos direitos das minorias políticas - o que inclui os direitos das mulheres.

Os Direitos Humanos no Brasil: uma trajetória de percalços

O processo de construção inacabada de democracia e cidadania no Brasil constitui um passivo históricoⁱⁱ: em 517 anos de existência, nosso processo de (relativa) descolonização teve início titubeante há apenas 195 anos, e somente pouco mais de um século atrás nos tornamos república - vale dizer, uma “república” que se constrói antes como oposição à monarquia como forma de Estado do que como um sistema político fundado em uma distribuição republicana do poder.

A falta de hábito democrático explica em grande medida o pouco apreço pelos Direitos Humanos no país: não só a cultura de interações intersubjetivas e institucionais ainda hoje violenta (que precisa de poucos argumentos para desconstruir a injusta fama de “povo cordial”), mas também o ordenamento jurídico brasileiro revelam a incorporação lenta (e ainda assim muito menos gradual e segura do que se gostaria em um Estado efetivamente democrático) de direitos fundamentais positivados, os quais jamais se estenderam por completo a todas as pessoas submetidas à lei nacional. Um rápido exame das sete constituições brasileiras



(quantidade que de per si indica nossa histórica fragilidade institucional) permite confirmar o argumento.

Na 1ª Constituição brasileira, de 1824, os direitos políticos concedidos após a Independência eram bastante limitados: o direito de voto somente era conferido aos homens de 25 anos ou mais que tivessem renda mínima de 100 mil-réis, sendo que se votava apenas para cargos do Legislativo. E, embora as liberdades civis já fossem debatidas há cerca de cem anos na Europa, a situação de tais direitos no Brasil era ainda mais grave, uma vez que toda a população afrodescendente do país permaneceria escravizada até 1888, negando-se o próprio status mínimo de *pessoa* a esse segmento social.

Em 1891, na Constituição da República - regime instaurado, aliás, por meio de golpe militar - estabelece-se pela primeira vez a igualdade de todos perante a lei e a laicidade estatal. Todavia, o primeiro golpe de Getúlio Vargas em 1930, gera nova onda de instabilidade política (incluídos os conflitos armados conhecidos como Revolução Constitucionalista de 1932, em São Paulo) que resulta na produção de um novo texto constitucional em 1934, com modificações importantes quanto aos direitos políticos, como a introdução do voto secreto, a criação da Justiça Eleitoral, e o direito de voto às mulheres, além do início da regulamentação dos direitos trabalhistas e previdenciários, feita por meio da habilidosa mobilização política destes por Vargas.

Esses avanços no campo dos direitos, tão tímidos quanto ambíguos, não teriam tempo de se consolidar, pois em 1937 Getúlio Vargas dá novo golpe de Estado e impõe nova Constituição, dando início à ditadura do Estado Novo, suprimindo quase que completamente os direitos políticos e civis, com censura à imprensa, proibição de manifestações, revogação do direito a *habeas corpus*, prisões políticas e torturas. Somente em 1946 uma nova Constituição seria promulgada, quando pela primeira vez se prevê o voto universal para todos os cargos (mas não para todos os brasileiros, já que os analfabetos - então representantes de parcela expressiva da população - permaneciam proibidos de votar), retornando as liberdades civis, mas mantendo restrito o direito de greve.

Essa incipiente experiência democrática duraria menos de duas décadas, pois em 1964 um golpe militar instauraria o governo ditatorial mais recente e também mais duradouro da História brasileira, mantido formalmente no campo jurídico por uma Constituição cuja aprovação foi imposta ao Congresso em 1967 na tentativa de conferir alguma aparência de legitimidade ao regime, e materialmente executado pelas disposições contidas nos Atos Institucionais editados pelos ocupantes militares do Poder Executivo. Novamente serão suprimidos direitos políticos, políticos de oposição serão cassados, e extintos os partidos políticos, determinando-se eleições indiretas. À supressão dos direitos políticos somaram-se graves violações das liberdades civis, com torturas, prisões arbitrárias, desaparecimentos forçados e censura prévia.

Após 22 anos de ditadura, foi necessária uma questionável transição democrática para que se chegasse ao processo constituinte em 1986, que resultaria na Constituição de 1988, apelidada de Constituição Cidadã por prever um extenso rol de direitos e garantias fundamentais



em seu artigo 5º, formato recorrente em constituições que se seguem a regimes autoritários, em uma tentativa de assegurar que não se sofrerão novos retrocessos.

Essa noção histórica é indispensável para que se compreenda como e porque a incorporação de Direitos Humanos nos ordenamentos jurídicos brasileiros se deu (e vem se dando) de forma falha, e qual o papel do ensino jurídico nesse contexto, especialmente no que diz respeito às relações de gênero e aos direitos humanos das mulheres.

As mulheres nas Constituições brasileiras: o impacto na legislação

Como se verificou no tópico anterior, a questão da inserção dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro é, de uma forma geral, problemática, e não se restringe aos direitos das mulheres ou às relações de gênero. Mas, para os fins propostos neste texto, importa verificar como foram positivadas as previsões constitucionais relativas às mulheres.

Considerando, então, as imbricações existentes entre direitos das mulheres e estudos de gênero, seguiremos analisando como o arcabouço normativo brasileiro incorporou previsões relativas às mulheres, e o quanto se pode avançar no debate sobre o tema ao analisarmos tais normas jurídicas à luz das teorias de gênero. Refaçamos o percurso das constituições, agora tendo em vista as previsões relativas às mulheres. Na Constituição do Império (1824), apenas se menciona o sexo feminino no art. 117, que dispõe sobre regras de sucessão da coroa. A Constituição da República (1891), embora inove com a previsão da igualdade formal, não traz qualquer menção às mulheres. Em 1934, na Constituição pós- Revolução de 1930 encontram-se menções relativas às mulheres quanto ao voto obrigatório (mas somente para aquelas que exercessem função remunerada), à proibição de trabalho insalubre, à determinação de que serviços de amparo ao trabalho feminino e à maternidade sejam feitos por mulheres, e à exceção do serviço militar. Na Constituição do Estado Novo (1937), a menção às mulheres se restringe à proibição ao trabalho insalubre. Em 1946, a Constituição da 1ª Redemocratização acrescenta a isenção do serviço militar, e em 1967 a Constituição da Ditadura Militar inclui o tempo de serviço para aposentadoria em 30 anos.

A Constituição de 1988 é a primeira a prever expressamente que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigaçõesⁱⁱⁱ. À primeira vista pode parecer redundante e até mesmo desnecessário, pois se a previsão positivada de igualdade perante a lei não foi extirpada do ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1891, não haveria qualquer argumento que permitisse excluir as mulheres do tratamento formalmente igualitário. As previsões generalistas de direitos fundamentais deveriam ser suficientes para assegurar a todos e todas o direito a ter direitos, e para obrigar juridicamente os Estados a garanti-los sem qualquer tipo de discriminação.

Porém, não é isso que a história nos mostra. As relações de gênero ainda são uma batalha a ser travada, e a primeira conquista nesse sentido é inserção do tema dos direitos das mulheres no Congresso Constituinte (1986), composto por 594 deputados eleitos para o Congresso Nacional, com uma bancada feminina de apenas 26 deputadas e nenhuma senadora.



Ainda assim, a atuação dos movimentos de mulheres junto à bancada feminina (que ficariam conhecidos como “lobby do batom”^{iv}) obteve resultados até então inéditos: o texto constitucional passa a ter 12 menções específicas às mulheres, além de ser o 1º texto constitucional brasileiro a prever expressamente igualdade formal entre homens e mulheres.

Ainda assim, mesmo atualmente, a discriminação sexista persiste, a demonstrar que as mentalidades não se transformam no mesmo ritmo do ordenamento jurídico. Por isso, importa perguntar: como se deu o processo de formação da estrutura cultural que transformou metade da Humanidade em minoria política, situação que somente passa a ser questionada e combatida pelos movimentos feministas em meados do século XX, e cujos efeitos ainda repercutem nas vidas das mulheres, mesmo nessas primeiras décadas do século XXI?

O Direito não constitui uma práxis descolada da realidade social e cultural de seu tempo: sendo produção humana, sempre será marcado pelas ideias balizadoras dos processos de socialização de quem produz a norma jurídica - e por isso faz muita diferença saber quem produziu a norma e quais foram as disputas em seu entorno. No caso das questões de gênero e sua relação com o Direito, podem-se encontrar nos discursos médicos^v elementos para identificar as particularidades históricas da trajetória das mulheres, até que fossem consideradas sujeitos de Direito, pois esse caminho se encontra profundamente marcado pela noção do que é ser homem/mulher de acordo com a concepção médica. Muito embora nos dias de hoje nos pareça autoevidente haver dois sexos biológicos - o feminino e o masculino - esta visão sobre os corpos de homens e mulheres é relativamente recente na História do Ocidente, pois desde a Grécia Antiga até aproximadamente o século XVIII, os cientistas de então afirmavam haver um único sexo: o masculino. Isso não significa, é claro, que não existissem mulheres, ou que as diferenças anatômicas não fossem notadas, mas sim que essa diversidade era lida de uma outra forma: o corpo feminino era interpretado pela Medicina como um corpo masculino imperfeito, que não teria se desenvolvido completamente. O milenar modelo do sexo único acarretará como consequência social a estigmatização das mulheres como seres física e intelectualmente menos perfeitos do que o homem, já que o sexo masculino era o paradigma de perfeição.

Com a transformação das mentalidades e de todos os paradigmas filosóficos ocorridos a partir da Revolução Francesa no século XVIII, o olhar do cientista também se modificará, e mais, passará a atuar contribuindo com a lei e com a política. É somente a partir desse momento histórico (em que também ocorre a Revolução Científica) que a Ciência passa a interpretar as diferenças anatômicas de homens e mulheres como características de entes não só distintos, mas opostos: o eixo estabelecido entre homens e mulheres, até então verticalizado e hierárquico, torna-se horizontalizado, posicionando-os em pólos opostos, sem qualquer categoria intermediária. Se nos séculos anteriores a mulher correspondia ao homem cujo corpo não se desenvolveu, após o Iluminismo, surgirá a ideia de “sexos opostos”- ideia, aliás, presente no senso comum até hoje, sem que nos perguntemos o porquê de “mulher” ser o contrário de “homem”, e mais, sem nos darmos conta de todas as valorações que embutimos nessa crença (pois se considerarmos que homens e mulheres são opostos, necessariamente estamos atribuindo caracteres a um que estarão ausentes no outro).

É assim que as hierarquias sociais passam a ser localizadas no corpo, e as particularidades do corpo feminino, em especial aquelas relacionadas ao processo reprodutivo,



começam a ser interpretadas como uma predisposição natural da mulher à domesticidade, fazendo do casamento e da maternidade seu destino biológico “normal”. E tudo o que fugir à essa “normalidade” será visto como desviante - e isso repercutirá nas normas jurídicas produzidas a partir de então. A contribuição da Revolução Científica foi importante para legitimar, especialmente com o discurso médico, determinadas diferenças nos corpos de maneira hierarquizada e naturalizada - e, portanto, considerada insuperável pela vontade humana: biologia se transformaria em destino. Justificativas de cunho moral se alicerçarão em argumentos científicos em voga à época, e buscarão fundamentar racionalmente as diferenças dos corpos, e com isso legitimar politicamente desigualdades jurídicas.

Não seria diferente no Brasil. Embora a Constituição de 1891 tenha sido a primeira a prever a igualdade de todos perante a lei, isso não impediu que a legislação brasileira estabelecesse tratamento discriminatório para mulheres até bem recentemente. São vários os exemplos: o Código Civil de 1916 considerava que a mulher casada era relativamente incapaz para os atos da vida civil (artigo 6º, II), disposição que vigorou até 1962, quando foi publicado o Estatuto da Mulher Casada, legislação que permitiu alguma ampliação no espectro de direitos das mulheres casadas que, além de passarem a ser consideradas civilmente capazes, também obtiveram o direito de “colaborar” com a sociedade conjugal, cuja chefia, todavia, permanecia atribuída ao marido (artigo 233). Ainda no tocante às leis nupciais do Código Civil, o artigo 219 permitia que o marido anulasse o casamento se descobrisse que a esposa havia sido “anteriormente deflorada”. Essas disposições do Código Civil vigoraram até o ano de 2003, quando o novo código entrou em vigor.

No Código Penal, as disposições obsoletas tiveram sobrevida mais longa: até 2005, a lei determinava que um estupro não poderia ser punido caso viesse a se casar com a vítima de seu crime (art. 107, VII), e, se uma mulher estuprada se casasse com “terceiro” (ou seja, com outro homem que não o estupro), deveria notificar as autoridades caso tivesse interesse no processo - do contrário, a ação penal seria extinta (art. 107, VIII). A justificativa jurídica para previsões legais (hoje consideradas) tão bizarras sustentava-se no fato de se entender que o crime de estupro atentava contra os costumes (e não contra a liberdade sexual da vítima) e, principalmente, que colocava em risco a virgindade feminina (o que, como mencionado, impactava a possibilidade de casamento). Assim sendo, se apesar do ocorrido, a vítima de estupro havia conseguido se casar, os bons costumes teriam sido restaurados e, com isso, desapareceria a necessidade de punição. Como disse acima, somente em 2005 foram revogadas essas hipóteses de extinção da punibilidade, e em 2009 o capítulo dos crimes sexuais do Código Penal foi finalmente alterado e reformado, passando a ser identificado como “Crimes contra a dignidade sexual”, em lugar da inaceitável rubrica “Crimes contra os costumes”.

Foi preciso especificar na Constituição Federal de 1988 que as mulheres são também sujeitos de Direito para que lhes fosse assegurado o mais elementar dos direitos civis: a igualdade perante a lei. Ao examinarmos a legislação anterior à 1988 verifica-se que a previsão constitucional de igualdade geral era insuficiente, pois, como exemplificado acima, tivemos diversos exemplos de tratamento desigual perante a lei. Tanto é assim que as modificações no Código Civil e no Código Penal somente foram viáveis após a promulgação da Constituição de 1988. Além dessas, outras modificações foram feitas na lei, que passaram a contar com



discriminações positivas para assegurar a igualdade formal e material, tais como a proibição de exigência de atestados de esterilidade ou de gravidez para funcionárias ou de candidatas a vagas de emprego (Lei nº 9.029/95), ou a determinação de proporção mínima de 30% e 70% entre mulheres e homens nas candidaturas dos partidos políticos (Lei nº 9.504/97), e mesmo a Lei Maria da Penha, que cria mecanismos de proteção específicos para mulheres vítimas de violência doméstica (Lei nº 11.343/06).

Como se pode verificar por esses exemplos, a legislação vigente reproduzia um sistema de pensamento, e não poderia ser diferente, afinal, textos legais não surgem do vácuo, mas sim são produto de uma época e, principalmente de quem detém o poder para produzir as normas e para exigir seu cumprimento no caso de transgressão, para que se mantenha a estrutura social balizada pela norma jurídica. É aqui que encontra relevância o papel do jurista e do operador do Direito.

O papel dos juristas na manutenção da estrutura conservadora e o ensino do Direito como potencial de atuação política

Falar do universo do Direito é falar, fundamentalmente, da produção e da manutenção das normas jurídicas. A primeira faceta - a produção das norma jurídicas - é relacionada com o exercício da função do Poder Legislativo, e a segunda - a manutenção dessas mesmas normas - ao exercício da função do Poder Judiciário. Incontestemente, portanto, que produz o Direito quem detém o poder, o que auxilia a compreensão do Direito como instrumento de sua conservação: daí a tendência conservadora da práxis jurídica, o que não é exclusividade do Brasil.

Ocorre que, no caso brasileiro, lidamos ainda com a peculiaridade histórica da construção do quadro de dirigentes administrativos após a Independência ter se dado preferencialmente por juristas oriundos das famílias de elite que enviavam seus filhos para estudos no exterior e/ou nas duas únicas Escolas de Direito do país (São Paulo e Recife). A trajetória profissional dos bacharéis se intrincava com os meandros da política nacional:

Com efeito, a formação de quadros dirigentes era lenta, restrita, apoucada, limitada. Em 1827, fundaram-se as escolas de Direito de São Paulo e de Olinda (depois transferida para Recife)

(...)

Os cursos de Direito repetiam o modelo da Universidade de Coimbra, formando juristas, advogados, deputados, senadores, diplomatas e outros altos funcionários do Estado. O governo mantinha estrita supervisão sobre estas escolas, nas quais diretores professores eram nomeados pelo ministro do Império, e os manuais e programas deveriam ser aprovados pelo parlamento. (MOTA, p. 45, 2010).

A composição do diminuto grupo de bacharéis por integrantes nascidos nas elites contribuiria para uma leitura do Direito alinhada à conservação do poder por esses setores sociais. Além disso, o Direito no Brasil não será concebido com o gene da inovação das ideias e da luta intelectual pela liberdade. Ao contrário, a tradição do ensino jurídico brasileiro sempre



se pautou por um dogmatismo conservador, sendo relevante o peso dos juristas nas construções políticas e no conservadorismo:

(...) se as Faculdades de Direito no Império foram importantes centros de formação política e cultural das elites, isto se dá em detrimento da produção e reprodução do próprio saber jurídico institucional. O seja, apesar de catalisarem grande parte da vida cultural e política do país, as Faculdades de Direito deixaram a desejar como locais de produção de uma reflexão jurídica criativa o que, como aponta Schwartzman (1987), afeta até hoje a imagem das disciplinas jurídicas, que dificilmente são vistas como conhecimentos inovadores. (ALVAREZ, p. 26, 2003).

A mentalidade conservadora é identificada às claras nos exemplos de dispositivos jurídicos mencionados no tópico anterior: vislumbra-se com facilidade naquelas normas qual o modelo de família considerado socialmente desejável e aceito, o estilo de vida e os comportamentos classificados como adequados e como os desvios dos paradigmas juridicamente estabelecidos acarretavam discriminações e exclusões. Pode-se afirmar que o conservadorismo jurídico nacional nasce junto com o próprio Direito brasileiro. Esse modelo de formação, dogmático e pensado para conservar o poder das elites, associado à pouca tradição da política brasileira em democracia e Direitos Humanos, vem contribuindo há décadas para formar profissionais do Direito com estreito repertório crítico, e raramente habilitados a discutir conceitos construídos em outras áreas do conhecimento e a elaborar reflexões críticas que permitam problematizar a realidade encontrada no cotidiano de trabalho no sistema de Justiça. São escolas que formam advogados, juízes, promotores, defensores públicos e delegados, entre outros atores que exercem diretamente o poder consolidado na norma jurídica, privilegiando a produção de um saber manualesco e recorrentemente voltado para aprovação em testes de múltipla escolha que se consolidaram como critério para o exercício profissional.

A Constituição Federal 1988 buscou ser uma ruptura com o passado político e jurídico do Brasil, de cidadania incompleta e violações sistemáticas de Direitos Humanos. Daí a importância e urgência de se demandar o respeito aos direitos fundamentais ali previstos no contemporâneo contexto de retrocessos. As demandas de movimentos sociais (tais como a igualdade formal expressa para mulheres na Constituição, a demanda dos movimentos negros pela criminalização do racismo e cotas raciais em universidades; mais recentemente, as demandas de movimentos LGBTT pelo direito à união homoafetiva, ao nome civil de pessoas transexuais, além da inacreditável pauta pelo direito de uso dos banheiros públicos de acordo com o gênero de identificação, que precisou ser levada até o Supremo Tribunal Federal; ou ainda as pautas relativas aos direitos de populações indígenas) que vêm crescendo desde 1988 e cada vez mais se ocupando o espaço do Direito como arena de disputa deixam claro que “o ensino do direito é uma tarefa política - sobretudo em um país como o nosso em que o acesso ao terceiro grau é ainda restrito e desigual. Implica posicionar-se sobre a função social do ensino superior, isto é, sobre a própria razão de ser da universidade.” (GARCEZ, p. 15, 2012)

Se até o presente momento, na curta História política brasileira, o Direito brasileiro e os juristas oriundos de seu ensino jurídico contribuíram para a manutenção de uma estrutura moral e economicamente conservadora, é possível lançar um novo olhar para enxergar o potencial transformador por meio do ensino do Direito, com uma nova compreensão de seu papel e seus



limites. É imprescindível compreender que a demanda social pela via jurídica somente terá como resultados a produção de leis ou de decisões judiciais, o que, como já debatido anteriormente neste texto, não tem o condão de transformar mentalidades pela mera publicação no Diário Oficial. Mas por retratar uma transformação cultural em curso, leis e decisões judiciais contribuem fortemente para registrar o que já se modificou - e para conservar essa nova forma.

Respondendo à pergunta inicial: por que falar de gênero no ensino jurídico?

Antes de oferecer elementos que permitam à leitora e ao leitor formular sua própria resposta para pergunta que abre este texto, não é demais frisar a importância de incluir no ensino jurídico o estudo crítico de todos os temas relacionados a marcadores sociais da diferença, criando-se disciplinas que permitam desenvolver a crítica política e aplicá-la no cotidiano do sistema de justiça com o objetivo de transformá-lo em espaço de resistência ao retrocesso e garantia de direitos.

Especificamente quanto às relações de gênero, espero ter demonstrado ao longo do texto suas reverberações no Direito, decorrentes da percepção dos diferentes lugares sociais ocupados por homens e mulheres. A diferença não seria problema se esta não se materializasse muitas vezes em desigualdades jurídicas, correspondendo a direitos e deveres distintos estabelecidos em decorrência do sexo natural, que, por muito tempo, imaginou-se ser condicionante de comportamentos. As teorias gênero desnaturalizam esses comportamentos, temperamentos e condutas atribuídos aos sexos biológicos, demonstrando serem eles frutos de construções culturais, e, portanto, afetadas pelos mais diversos fatores.

Estudar questões de gênero é, acima de tudo, observar a miríade de possibilidades do que se considera “coisa de homem” e “coisa de mulher” nas muitas culturas ao redor do mundo e ao longo da História. A ampla variação histórica e geográfica do que se considera “ser homem” ou “ser mulher” não permite concluir que tais noções decorram da genitália com a qual o indivíduo nasceu (nem de seus hormônios, ou de seus cromossomos XX e XY), mas sim favorecem o argumento de que sejam passadas e aprendidas de geração em geração, variando de um lugar para outro, sempre sob o risco de se conservarem injustas quando não questionadas.

É exatamente este tipo de questionamento que se pretende fomentar com a introdução de discussões sobre gênero e diversidade sexual no currículo do ensino jurídico, formando operadores e operadoras do Direito capazes de questionar se há, de fato, concepções “certas” ou “erradas” do que é “ser homem” ou “ser mulher”, e mais, se é válido estabelecer direitos diferentes em decorrência deste julgamento.

Por muito tempo, calças compridas eram consideradas uma indumentária inadequada para mulheres, a ponto de seu uso ser legalmente proibido em diversas partes do mundo. Os tribunais brasileiros vetaram em suas dependências o uso desta peça por mulheres até os primeiros anos do século XXI, mas até mesmo nossas vetustas cortes entenderam que o mundo



mudou. Talvez seja o caso de inverter o sentido da nossa pergunta inicial e questionar: por que não falar de *gênero* no ensino jurídico?

Referências bibliográficas

ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil*. Coleção de Monografias IBCCrim, volume 25. São Paulo: Método, 2003.

GHIRARDI, José Garcez. *O instante do encontro: questões fundamentais para o ensino jurídico*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2012.

FERREIRA, Gabriela Nunes. MOTA, Carlos Guilherme (coord.). *Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileiro (de 1850 a 1930)*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LAQUEUR, Thomas: *Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud*, Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 2001.

STOLKE, Verena. *La mujer es puro cuento: la cultura del género*. Estudos Feministas, Florianópolis, 12 (2): 264, maio-agosto, 2004.

"Lobby do batom faz vigília por direitos". Matéria publicada na edição de 21/07/1988 do Correio Braziliense, nº 9226, p.4. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/120421>

ⁱ "ideologia", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/dlpo/ideologia> [consultado em 20-02-2017].

ⁱⁱ Sobre o processo de construção retardada da cidadania no Brasil, ver: CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil - o longo caminho*.

ⁱⁱⁱ "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, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição"

^{iv} Sobre o "lobby do batom", ver a matéria "Lobby do batom faz vigília por direitos", publicada na edição de 21/07/1988 do Correio Braziliense, nº 9226, p.4. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/120421>

^v Este debate a respeito da variação dos modelos anatômicos dos sexos nas Ciências foi feito pelo historiador norte-americano Thomas Laqueur. Para aprofundar a leitura sobre esta discussão, ver: "Inventando o sexo - corpo e gênero dos gregos até Freud", de Thomas Laqueur, Ed. Relume-Dumará, 2001.



A luta por reconhecimento das mulheres em situação de violência: uma trajetória de avanços?

The fight for recognition of women in a situation of violence: a trace of progress?

Náilda Coelho Monte

Defensora Pública do Estado de São Paulo

nmonte@defensoria.sp.def.br

Priscila Aparecida Lamana Diniz

Defensora Pública do Estado de São Paulo

padiniz@defensoria.sp.def.br

RESUMO

O presente artigo, reconhecendo a violência doméstica e familiar contra a mulher como fenômeno recorrente em diversas sociedades pelo mundo, estreitamente ligada ao modelo de sociedade patriarcal que se estabeleceu¹, pretende analisar a forma particular como ela se materializa no Brasil, e o modo como é debatida e combatida como resultado de intensa mobilização das mulheres, a ser problematizada a partir da concepção forjada por Axel Honneth sobre as três esferas de reconhecimento. O desafio, portanto, consiste em identificar se essa luta por reconhecimento tem sido capaz de criar soluções adequadas para contemplar a tutela almejada, o que será feito a partir da análise jurídica e empírica da matéria.

Palavras-chave: Violência. Mulher. Luta por reconhecimento.

Abstract

This article, recognizing domestic and family violence against women as a recurring phenomenon in several societies around the world, closely linked to the model of patriarchal society that has been established, intends to analyze the particular way in which it materializes in Brazil, and the way it is debated and fought as a result of the intense mobilization of women, to be problematized from the conception forged by Axel Honneth on the three spheres of recognition. The challenge, therefore, is to identify whether this struggle for recognition has been able to create adequate solutions to contemplate the desired tutelage, which will be done from the juridical and empirical analysis of the matter.

Keywords: Violence. Woman. Fight for recognition.



1 A luta por reconhecimento das mulheres em situação de violência no Brasil

A situação de violência doméstica e familiar representa um dos maiores dramas vivenciados por diversas mulheres que são agredidas, das mais diversas formas, por pessoas de seu íntimo convívio, das quais esperavam justamente o oposto, vale dizer, reconhecimento em forma de amor e proteção.

Nesse sentido, a teoria elaborada pelo filósofo alemão Axel Honneth sobre as três esferas de reconhecimento mostra-se bastante oportuna para a abordagem do tema.

Para o autor, todas as pessoas almejam em seus relacionamentos interpessoais o amor, identificado como a primeira forma de reconhecimento intersubjetivo, em sentido bastante amplo e não necessariamente ligado à noção romântica da relação íntima sexual, abarcando o envolvimento entre pais e filhos, entre amigos e entre dois parceiros, caracterizado como a experiência necessária para que os sujeitos se confirmem mutuamente na natureza concreta de suas carências.ⁱⁱ

Dessa forma, as situações de desrespeito, nas quais se incluem as práticas de violência doméstica e familiar contra a mulher, representam a primeira forma de reconhecimento recusado, por haver a quebra da expectativa de confirmação da própria imagem que a mulher nutre de si, capaz de desmoronar sua personalidade inteira.ⁱⁱⁱ

Ao abordar a situação dos maus tratos físicos sofridos por um sujeito, Honneth ressalta que é um tipo de desrespeito que fere duradouramente a confiança, aprendida através do amor, na capacidade de coordenação autônoma do próprio corpo, ensejando a perda de confiança em si e no mundo.^{iv}

Resta evidente, portanto, a gravidade dessa recusa de reconhecimento às mulheres que vivenciam situações de violência, por abalar a autoconfiança e, por consequência, em muitos casos, a própria capacidade de se insurgir contra isso, notadamente porque o homem agressor não é só agressor, oscilando em seus comportamentos.

Conforme identificado por Barbara Soares^v, embora não se possa categorizar de forma exata como ocorrem os ciclos de violência contra a mulher, identificam-se três fases principais que confundem a própria tomada de consciência pela vítima.

No primeiro momento, inicia-se a fase de tensão no relacionamento, com agressões verbais, crises de ciúme, ameaças, destruição de objetos, de modo que a mulher passa a se responsabilizar, acreditando que conseguirá evitá-los. Evolui-se para a fase da explosão da violência, quando ocorrem os ataques mais graves como espancamentos, estupros, lesões e homicídios. Segue-se, quando faticamente possível, a fase da chamada lua de mel, oportunidade na qual o homem demonstra remorso e medo de perder a companheira, fazendo promessas de mudanças, confundindo, assim, a já abalada psique da vítima, tornando muitas vezes bem demorado e doloroso o processo de compreensão da situação e da necessidade de romper o relacionamento, diante da negativa de reconhecimento, nos termos explicitados por Honneth.

Como exemplo bem sucedido de resistência e luta por reconhecimento, tem-se, dentre inúmeras mulheres, a figura de Maria da Penha Maia Fernandes que, após ser vítima de



sucessivas agressões e tentativas de homicídio por seu companheiro, culminando por ocasionar sua paraplegia e a condenação dele, apresentou, por meio do Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM, seu caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 1998, insurgindo-se contra a injustificável inércia estatal que, embora tivesse condenado o agressor, passados mais de quinze anos, tolerava sua liberdade aceitando recursos processuais procrastinatórios.

Como decorrência, em 2001, a Comissão Interamericana apreciou o caso 12.051 e condenou pela primeira vez um Estado, no caso, o brasileiro, conforme ressaltado por Flávia Piovesan^{vi}, por negligência e omissão em relação à violência doméstica praticada contra Maria da Penha, recomendando-lhe, dentre outras medidas, *prosseguir e intensificar o processo de reforma, a fim de romper com a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra as mulheres no Brasil*.^{vii}

Ademais, a título de recomendação, enunciou-se a necessidade de adoção de medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica; a simplificação dos procedimentos judiciais penais, a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; o estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera; a multiplicação do número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e a dotação dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica; a prestação de apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais e a inclusão em seus planos pedagógicos de unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos.

Referida decisão representa, portanto, o segundo tipo de reconhecimento identificado por Honneth, qual seja, aquele conferido pelo direito, por tomar como premissa o respeito absoluto que todo sujeito merece por ser um fim em si mesmo.^{viii}

Sob este viés, pode-se interpretar que a mulher, sujeito merecedor de igual consideração quando comparado aos homens, em razão da luta por reconhecimento jurídico, recebeu, de forma pioneira, tratamento diferenciado e discriminatório, de forma positiva, justamente para tentar eliminar o histórico envolvido na desigual construção dos gêneros, criando-se um direito próprio.

Mencionada teoria, pois, aplicada à situação de violência sofrida pela mulher, justifica a decisão proferida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, haja vista que consagrou o reconhecimento pelo direito da condição da mulher como merecedora de igual proteção jurídica, materializada, neste caso, por meio discriminação positiva ao conferir especial proteção às mulheres em razão do histórico de violações.

Nesse sentido, inclusive, foi editada a Lei 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Pena, motivada por pressão externa decorrente da luta de sua homenageada, que



teve, dentre vários méritos, definir, de forma elástica, em seu art. 5º, a violência doméstica e familiar contra a mulher *como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.*

Além disso, a menção à violência praticada com base no gênero revela que a proteção legal não deve ser dispensada a qualquer caso de conduta contra a mulher, mas tão-somente quando inserida no contexto da violência de gênero.

Depreende-se, assim, que a aplicação da referida lei justifica-se quando houver, para além do ato de violência, exteriorização de dominação e discriminação como decorrência do reconhecimento da mulher como um ser não-igual ou, melhor dizendo, um não-ser, cujo reconhecimento jurídico é negado, e encarado no sentido de mero objeto de dominação contra o qual se exerce poder.^{ix}

Outrossim, a lei foi salutar ao vedar, em seu art. 17, a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, das chamadas “penas de cesta básica”^x ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa, de modo a impedir que a vítima fosse duplamente penalizada, já que, após ser vítima de violência, o agressor muitas vezes se valia do patrimônio comum ou mesmo exclusivo dela para cumprir sua pena ou medida imposta.

Para alguns^{xi}, teve o mérito, também, de vedar, em seu art. 41, a aplicação da Lei 9.099/95, e seus institutos despenalizadores, quais sejam, a transação penal e a suspensão condicional do processo aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista.

Ainda no plano normativo, em 2010, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 65, a preocupação com o tema ganhou envergadura constitucional, ao ser acrescentado o §8º ao art. 226, dispondo que *a família, base do Estado, tem especial proteção*, de modo que se deve *assegurar assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.*

Na mesma senda, foi editada a Lei 13.104, de 09 de março de 2015, acrescentando-se no art. 121, do Código Penal, qualificadora para o homicídio cometido por razões de gênero, inclusive no âmbito doméstico e familiar, denominado de feminicídio^{xii}, instituindo-se punição mais severa para o delito praticado contra mulheres, elevando-o à categoria de crime hediondo, bem como para prever causas de aumento de pena para os crimes praticados contra mulheres durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto; contra mulher menor de 14 ou maior de 60 anos ou com deficiência, e na presença de descendente ou ascendente da vítima.

Nota-se, assim, que a violência doméstica e familiar contra a mulher, no Brasil, outrora considerada problema privado no qual o Estado não deveria imiscuir-se, passou a ser tratada,



por força de lei inclusive como uma das formas de violação dos direitos humanos^{xiii}, exigindo especial atenção e repressão estatal, justamente por se considerar que ela é responsável por abalar alguns dos direitos mais caros das mulheres, afetos à liberdade, igualdade e própria vida.

Vê-se, portanto, que, embora o percurso normativo de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher no país não seja tão recente^{xiv}, o grande marco do reconhecimento do direito para a mudança de paradigma veio com a Lei 11.340/2006, sendo seguida de entendimentos jurisprudenciais e novas legislações promotoras de discriminação positiva em favor das mulheres.

Contudo, pairam dúvidas se esse reconhecimento mostra-se efetivo ou encontra-se apenas acobertando a continuidade da falta de imputabilidade moral atribuída às mulheres, o que poderá ser melhor apreciado com a análise de casos práticos.

2 Como tem sido o reconhecimento do direito para as mulheres em situação de violência doméstica e familiar?

A Lei Maria da Penha, conquanto não contenha caráter eminentemente penal, haja vista que não criou tipos penais específicos para punir a violência doméstica e familiar contra a mulher, assegurou que as condutas criminais praticadas contra este sujeito de direitos não ensejem a aplicação da Lei 9.099/95 e seus institutos despenalizadores, bem como a substituição das penas privativas de liberdade por aquelas restritivas de direitos de prestação pecuniária ou de multa^{xv}.

Referidas medidas, que representam recrudescimento no tratamento penal da violência doméstica e familiar contra a mulher, materializam política criminal de base criminológica tradicional, em oposição àquela de matiz crítica, orientada, dentre outras, pela diretriz da despenalização, compreendida, nos dizeres de Alessandro Baratta, como *a substituição de sanções penais por formas de controle não estigmatizantes (sanções administrativas, ou civis) e, mais ainda, o encaminhamento de processos alternativos de socialização do controle do desvio e de privatização dos conflitos, nas hipóteses em que isso seja possível e oportuno*.^{xvi}

Além disso, constata-se maior rigorismo após julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424, na qual o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que, nos casos de lesão corporal praticada contra mulher, no âmbito doméstico ou familiar, independentemente de sua gravidade, a ação penal respectiva é aquela incondicionada a representação e, portanto, retira-se da mulher em situação de violência a possibilidade de se opor ao processo criminal, sobretudo e a despeito do teor do art. 16, da Lei Maria da Penha, para, supostamente, evitar o esvaziamento da finalidade da lei e a falha na sua proteção.^{xvii}

Note-se que tais iniciativas legislativa e jurisprudencial encontram amplo amparo social, conforme revelam dados da pesquisa do Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS), no sentido de que 91% das pessoas entrevistadas concordaram com a assertiva de que *homem que bate na esposa tem que ir para a cadeia*, vale dizer, merece reprimenda criminal mais severa e independente da vontade da mulher.



Vê-se, contudo, que, na prática, se a mulher em situação de violência é privada de transacionar com o seu agressor, em razão do recrudescimento penal da matéria (aumento de penas, impossibilidade de aplicação da Lei 9.099/95 e seus institutos, vedação de aplicação de “pena de cesta básica”), também não recebe a resposta esperada do sistema de justiça, em que pese o reconhecimento jurídico formal que lhe foi concedido com as legislações e entendimentos supostamente protetivos já citados.

Conforme se observa pela atuação perante o Juizado de Violência Doméstica e Familiar Sul 2 da cidade de São Paulo^{xviii}, há elevados índices de arquivamento dos inquéritos policiais e prolação de sentenças de caráter absolutório.

A partir de análise empírica, nota-se que, via de regra, os procedimentos policiais demoram cerca de quase dois anos para serem concluídos. Apesar disso, esses procedimentos investigativos costumam ser instruídos apenas com depoimentos das partes envolvidas, quais sejam, vítima e investigado, e, quando muito, com exame pericial, revelando a extrema morosidade para a conclusão de procedimentos extremamente simples, obstaculizando a pronta resposta estatal para tão grave e recorrente problema.

Observa-se, ainda, que boa parte dos inquéritos policiais que são concluídos com a demora acima indicada, culminam por ser arquivados sob o fundamento de que teriam ocorrido “lesões recíprocas”. Vê-se, portanto, que, nos casos nos quais a mulher tentou defender-se das agressões físicas sofridas, sequer viu o agressor ser processado, tendo negado o reconhecimento jurídico que esperava.

A título ilustrativo, em um dos casos analisados^{xix}, a vítima possuía pouco mais de 40 (quarenta) anos e dois filhos com seu companheiro agressor, tendo levado a situação de violência a que era exposta, não pela primeira vez, conforme constatado pela existência de pretéritos boletins de ocorrência, ao conhecimento das autoridades. O Inquérito Policial foi instruído com exame pericial e depoimento da vítima e de seu algoz. Houve a constatação da materialidade delitiva, por meio de laudo pericial atestando a ocorrência de lesões corporais de natureza leve.

A autora, ademais, tanto em sede policial, quanto em juízo, atribuiu a autoria das lesões sofridas ao seu ex-companheiro. Da mesma forma, o agressor não negou que tivesse causado as lesões, limitando-se a afirmar que somente havia segurado sua companheira para que ela não o agredisse. A única testemunha ouvida foi o filho do casal. Na ocasião, o rapaz afirmou que, comumente, o seu genitor agredia, fisicamente, sua mãe, mas que no dia mencionado nos autos, não teria presenciado os fatos. O filho do casal afirmou, ainda, que as agressões sofridas por sua genitora, via de regra, eram provocadas por ela e tinham como causa seu comportamento. Concluída a instrução, o agressor foi absolvido, sob o fundamento de que não havia provas suficientes de autoria, uma vez que somente estavam presentes, no local dos fatos, vítima e réu e ambos apresentavam versões conflitantes. Ademais, a sentença ressaltou que “*mesmo que se admita que a agressão teria ocorrido, era comum que a vítima provocasse*”.

O referido calvário por reconhecimento demonstra que, após vencer o medo e a crise de autoconfiança causada pela quebra do reconhecimento insterubjetivo pelo parceiro, - ao negar a



legítima expectativa por amor -, a mulher em situação de violência ainda sofre com a falta de efetivo reconhecimento jurídico, em que pese a sua consagração formal.

As denúncias que são formalizadas perante a autoridade policial, muitas vezes são investigadas e concluídas com demora injustificável diante da simplicidade das provas. Após, muitas são objeto de arquivamento e aquelas poucas que finalmente chegam para a apreciação do Judiciário são alvo de absolvição, pelos mais diversos motivos, muitos deles carregados de preconceito, moralismo e condescendência com o machismo.

Percebe-se, portanto, que a mera alteração legislativa levada a efeito pela promulgação da Lei 11.340/2006, que, dentre outras medidas, estabeleceu procedimento sumário ou ordinário para casos de violência doméstica e familiar, vedando a adoção de procedimentos menos formais e simplificados (suspensão condicional do processo, transação penal e penas de prestações pecuniárias), não representou, por si só, garantia de que as mulheres que tiveram seus direitos violados teriam efetiva resposta do sistema de justiça.

Pode-se dizer que as alterações legislativas acima mencionadas possuíam duplo objetivo. O primeiro consistente em dar maior significação social ao fenômeno da violência contra a mulher e o segundo voltado à redução da impunidade relacionada a esses delitos, proporcionando a essas mulheres o almejado reconhecimento por meio de respostas efetivas do sistema de justiça.

Contudo, o simples recrudescimento da legislação penal não se mostrou como sinônimo de acesso à justiça, porquanto o sistema não estava pronto para acompanhá-lo. Existem inúmeros outros fatores que impedem o acesso das mulheres aos direitos que lhes foram conferidos.

Conforme se observa nos casos descritos acima, nos quais se ressaltou o alto índice de arquivamento de inquéritos policiais e absolvições por crimes de violência contra a mulher, sobretudo quando ela rompe com a passividade frente ao seu agressor e acaba sendo culpabilizada pelas lesões sofridas, o sistema de justiça pode refletir a discriminação contra as mulheres, incorporando estereótipos de gênero, cunhados pelos valores da sociedade patriarcal.

Como consequência disso, sem desmerecer a importância das alterações legislativas expostas, haja vista que o reconhecimento jurídico garante existência digna aos seus sujeitos, ao consagrar direitos fundamentais de caráter histórico, que criam as condições que permitem ao sujeito desenvolver auto-respeito, a capacidade das mulheres para obter efetivo acesso à justiça em base de igualdade com os homens ainda se mostra comprometida na sociedade brasileira.

Nota-se, assim, que o reconhecimento do direito no caso das mulheres em situação de violência tem se limitado à esfera penal, que, com as inúmeras críticas que é merecedora^{xx}, também não tem conferido resposta adequada, por ainda se mostrar inefetiva.



3 Considerações finais

À luz da teoria de Axel Honneth sobre as três esferas de reconhecimento, é interessante observar o movimento de luta protagonizado pelas mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

No primeiro momento, a mulher, almejando o reconhecimento pelo amor proveniente do parceiro, tem suas expectativas frustradas com os episódios de violência, que evidenciam desrespeito que abala sua autoconfiança e a imagem que tem de si, atingindo sua personalidade de forma indelével, mas recuperável quando se tenta romper com o ciclo de violência.

Verifica-se, assim, que a luta por reconhecimento pode evoluir para a exigência de que o direito, consagrando a igual consideração que merecem todos os sujeitos, imponha o dever de respeito absoluto, que, no caso das mulheres em situação de violência, materializa-se com legislações protetivas e promotoras de discriminação positiva.

Como exemplo disso, no plano teórico, tem-se a Lei Maria da Penha, verdadeiro marco de reconhecimento do direito, ao cravar expressamente a violência praticada contra as mulheres no âmbito doméstico e familiar como uma forma de violação aos direitos humanos, conferindo especial proteção, com enfoque no rigorismo e recrudescimento penal.

Ocorre que, se no plano abstrato verifica-se o indubitável reconhecimento pelo direito, a partir da análise empírica, constata-se justamente o oposto. Os trâmites burocrático- processuais conduzidos por atores formados na cultura machista e patriarcal oferecem às vítimas a negação do reconhecimento com o alto índice de arquivamento de inquéritos penais e absolvição nos crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.

Tal quadro acaba inviabilizando a terceira forma de reconhecimento identificada por Honneth, qual seja, aquela relacionada à solidariedade, caracterizada pela estima social que permite a cada sujeito referir-se positivamente a suas propriedades e capacidades concretas^{xxi}, afetas à reputação e ao prestígio social enquanto grandeza biograficamente individuada.

Nesse sentido, mostra-se elucidativa a transcrição da discricção de Honneth acerca da luta por reconhecimento no viés da solidariedade:

Visto que o conteúdo de semelhantes interpretações depende por sua vez de qual grupo social consegue interpretar de maneira pública as próprias realizações e formas de vida como particularmente valiosas, aquela práxis exegética secundária não pode ser entendida senão como conflito cultural de longa duração: nas sociedades modernas, as relações de estima social estão sujeitas a uma luta permanente na qual os diversos grupos procuram elevar, com os meios da força simbólica e em referência às finalidades gerais, o valor das capacidades associadas a sua forma de vida. Contudo, o que decide sobre o desfecho dessas lutas, estabilizado apenas temporariamente, não é apenas o poder de dispor dos meios da força simbólica, específico de determinados grupos, mas também o clima, dificilmente influenciável, das atenções públicas: quanto mais os movimentos sociais conseguem chamar a atenção da esfera pública para a importância negligenciada das propriedades e das capacidades representadas por eles de modo coletivo, tanto mais existe para eles a possibilidade de elevar na



sociedade o valor social ou, mais precisamente, a reputação de seus membros. (HONNETH, 2003, p. 207-208).

Logo, considerando que, no caso do grupo integrado pelas mulheres em situação de violência doméstica e familiar, em que pese alguns avanços, não houve ainda atribuição da devida importância ao problema, verifica-se a negação ao reconhecimento pela solidariedade, por não se atribuir o necessário valor social às mulheres.

Conclui-se, assim, que a luta por efetivo reconhecimento das mulheres em situação de violência ainda comporta amplos avanços, que demandam, para além da proteção jurídica, a atribuição do devido respeito social, por meio da mudança dos valores que permeiam a sociedade patriarcal e machista.

Referências

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução por Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BLAY, Eva Alterman. *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. 1. ed. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014.
- BRASIL. Presidência da República. Secretaria especial de políticas para as mulheres. *Enfrentando a violência doméstica contra a mulher*. Brasília: Secretaria especial de políticas para as mulheres, 2005.
- CHARF, Clara; VIEIRA, Vera (coord). *Mulheres e homens trabalhando pela paz e contra a violência doméstica*. São Paulo: Associação Mulheres para a paz, 2012.
- DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- HONNETH, Axel. *A luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 1.ed. Tradução por Luis Repa. Rio de Janeiro: Editora 34 Ltda., 2003.
- HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 1. ed. Tradução por Maria Lúcia Karam. Niterói: Luan, 1993.
- KARAM, Maria Lúcia. *Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal*. Boletim IBCCRIM, ano 14, nº 168, novembro 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Vol. 1. 6 ed. rev., reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Tradução por Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev, atual. São Paulo: Saraiva, 2013.



SAFFIOTI, Heleieth. *Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero*. In: Caderno Pagu, nº 16, Dossiê feminismo em questão, questões do feminismo. Campinas, 2001.

SANTOS, Cecília MacDowell e IZUMINO, Wânia Pasinato. *Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil*. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down083.pdf>>.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

ⁱ Sobre o tema, interessante conferir a abordagem de Carole Pateman, ao ressaltar o histórico, muitas vezes desconhecido, da venda de mulheres por seus maridos até o século XX, bem como de práticas de violência na Europa, conforme se depreende do seguinte trecho: *Na Grã-Bretanha, na mesma época, era comum a crença de que um marido tinha o direito de castigar fisicamente sua mulher desde que ele utilizasse uma vara que não fosse maior que o polegar de um homem. As feministas do século XIX, como as feministas contemporâneas preocupavam-se muito com os ferimentos feitos nas mulheres por seus maridos. Frances Power Cobbe publicou um influente artigo em 1878, “Tortura das esposas na Inglaterra”, e, em uma palestra na Câmara dos Comuns, defendendo o sufrágio feminino durante os debates sobre o Projeto da Segunda Reforma, John Stuart Mill disse que “gostaria de ter feito um relatório nesta Câmara sobre o número de mulheres que todos os anos são espancadas, chutadas ou pisadas até a morte por seus protetores do sexo masculino. O marido detinha a propriedade de sua esposa, e o homem era um proprietário e um senhor absoluto somente se ele pudesse fazer o que quisesse com o seu bem. Seu direito de fazer o que quisesse era sancionado de jure pela categoria legal “direitos conjugais”*. Referida passagem bem demonstra como é arraigada a cultura do machismo e da sociedade patriarcal, o que se verifica também na realidade brasileira. In: PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Tradução por Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p. 182-184.

ⁱⁱ HONNETH, Axel. *A luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Traduído por Luis Repa. 1 ed. Editora 34 Ltda: São Paulo, 2003, p. 159.

ⁱⁱⁱ *Ibidem*, p. 213-214.

^{iv} *Ibidem*, p. 215.

^v BRASIL. Presidência da República. Secretaria especial de políticas para as mulheres. *Enfrentando a violência doméstica contra a mulher*. Brasília: Secretaria especial de políticas para as mulheres, 2005, p. 23-25.

^{vi} PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev, atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 433.

^{vii} A íntegra da decisão encontra-se disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>

^{viii} HONNETH, Axel. Op. cit, p. 179.

^{ix} Sobre as diferentes concepções de violência de gênero, inclusive algumas que recusam a existência de qualquer relação de poder nessa interação, mostra-se elucidativo o artigo de SANTOS, Cecília MacDowell e IZUMINO, Wânia Pasinato. *Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil*. Disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down083.pdf>.

^x Tecnicamente, inexistente, no ordenamento jurídico brasileiro, a pena de “cesta básica”, mas apenas, dentre aquelas restritivas de direito, as de prestação pecuniária; de perda de bens e valores; de prestação de



serviço à comunidade ou a entidades públicas; de interdição temporária de direitos, e de limitação de fim de semana, conforme disposto no art. 43, do Código Penal.

^{xi} Como uma dentre vários entusiastas da medida, tem-se Maria Berenice Dias ao expor que “em muito boa hora veio a Lei 11.340/2006”, sobretudo para se opor à indiscriminada aplicação dos institutos despenalizadores previstos no âmbito do Juizado Especial, de modo a reforçar a impunidade, a reincidência e o agravamento da violência contra a mulher”. In: *A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 24. No mesmo sentido, posiciona-se Guilherme de Souza Nucci, ao afirmar que “embora severa, a disposição do art. 41, em comento, é constitucional”, dentre outros motivos, por respeitar o princípio da isonomia e não da igualdade literal, bem como por impedir a má utilização que vinha sendo feita dos institutos pelos magistrados. In: *Leis penais e processuais penais comentadas*. Vol. 1. 6 ed. rev., reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 41. Em sentido contrário, tem-se o contraponto feito por Fernando Acosta e Alan Bronz. Nesse sentido, expõem que “não se pode negar a importância que a aprovação da Lei Maria da Penha possui no contexto brasileiro. Seu advento demonstra um olhar mais atento aos problemas vividos pelas mulheres do país e sinaliza para o fato de que os abusos contra elas não ficarão mais impunes. No entanto, a resolução do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do artigo 41 da Lei Maria da Pena, que proibiu a aplicação da suspensão condicional do processo, na prática elimina a possibilidade de se aplicar os grupos de reflexão como medida protetiva ou preventiva. Assim, se por um lado houve avanços no campo das políticas de gênero, por outro, ainda está muito distante a inclusão do país no rol das nações que compreendem a necessidade de realizar mudanças profundas em seus sistemas jurídicos. Há de se compreender que não são as pessoas que precisam ser condenadas, mas sim a sua conduta e, no caso dos homens, o ato violento”. ACOSTA, Fernando; BRONZ, Alan. Desafios para o trabalho com homens em situação de violência com suas parceiras íntimas. In: BLAY, Eva Alterman. *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. 1. ed. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014, p. 148.

^{xii} Segundo consta da justificativa para o projeto de lei, “a importância de tipificar o feminicídio é reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, expondo a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade, e é social, por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis, como o de terem cometido “crime passional”. Envia, outrossim, mensagem positiva à sociedade de que o direito à vida é universal e de que não haverá impunidade. Protege, ainda, a dignidade da vítima, ao obstar de antemão as estratégias de se desqualificarem, midiaticamente, a condição de mulheres brutalmente assassinadas, atribuindo a elas a responsabilidade pelo crime de que foram vítimas. Em vista do exposto, propõe-se a alteração do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal Brasileiro, para inserir uma forma qualificada de homicídio, denominada feminicídio, delineando-se suas características principais. Vale ressaltar que tais características podem constituir crimes autônomos, e que a aplicação da pena do feminicídio não exclui, em hipótese alguma, a aplicação das penas relacionadas aos demais crimes, a exemplo do estupro. Não fosse assim, estar-se-ia criando um benefício ao agressor e incentivando a impunidade, propósito contrário ao deste projeto de lei”. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=133307&tp=1>>. Sobre o tema, mostra-se expressivo que, entre os 84 países do mundo cujos dados da violência contra a mulher foram disponibilizados pela OMS, o Brasil, com sua taxa de 4,4 homicídios para cada 100 mil mulheres, ocupa a 7ª colocação, como um dos países de elevados níveis de feminicídio, segundo consta das atualizações ao Mapa da Violência no Brasil 2012, disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf>.

^{xiii} O art. 6º, da Lei 11.340/06 é categórico ao enunciar que *a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos*.



^{xiv} Em 1979, as Nações Unidas aprovaram a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, a qual, conquanto não tratasse da violência contra a mulher de forma explícita, tangenciou a questão, na medida em que ela constitui a forma mais grave de discriminação. Referida Convenção foi ratificada pela República Federativa do Brasil em 01 de fevereiro de 1984, sendo, pois, incorporada ao ordenamento jurídico pátrio. Em 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, afirmou-se, no art. 5º, I, de forma expressa, a igualdade entre homem e mulher, e, de forma implícita, a intolerância quanto a práticas discriminatórias, dentre as quais a violência. Em 1993, foi adotada a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher. No âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, foi aprovada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995.

^{xv} Nesse sentido, tem-se o exposto teor do artigo 17, ao enunciar que *é vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição da pena que implique o pagamento isolado de multa*, assim como o artigo 41, ao dispor que *aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995*.

^{xvi} BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução por Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 203-203.

^{xvii} Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>>.

^{xviii} A coautora do presente artigo, Nálida Coelho, atua, na condição de Defensora Pública das mulheres em situação de violência, no Juizado de Violência Doméstica e Familiar Sul 2, da cidade de São Paulo-SP, desde junho de 2014.

^{xix} Considerando que o caso mencionado foi apreciado em processo que tramitou sob sigilo de justiça, não foram mencionados o número dos autos e nome das partes.

^{xx} Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos ressalta a criminologia crítica como *“a ciência dialética alternativa de explicação do crime e do comportamento criminoso, cujos programas de política criminal propõem um Direito Penal mínimo, orientado pela ideia de abolição do sistema penal, como objetivo estratégico final*, de modo que, referido entendimento aplicado ao enfrentamento da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, exigiria soluções extrapenais diante do reconhecimento incapacidade do direito penal conferir adequado reconhecimento. In: SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. 3.ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008, p. 711. Sobre o tema, ainda, cumpre mencionar a posição de um dos grandes expoentes do abolicionismo penal, Louk Hulsman, ao criticar o tratamento conferido pelo direito penal aos casos de violência contra a mulher, conforme expresso nos seguintes termos: *Quando o sistema penal se interessa por um acontecimento, o vê através de um espelho deformante que o reduz a um momento, a um ato. De um ponto a outro do procedimento, o sistema vai considerar o acontecimento de que se apropriou sob o ângulo extremamente estreito e totalmente artificial de um único gesto executado num dado momento por um dos protagonistas. Esta forma de focalizar o acontecimento torna-se ainda mais absurda quando os protagonistas se conhecem e tinham um relacionamento anterior. Por exemplo, um casal que já não se entende e que chega às vias de fato. A mulher agredida denuncia o marido. O sistema coloca o acontecimento sob o ângulo extremamente limitado do desforço físico, vendo apenas uma parte dele. Mas, para o casal que viveu o fato, o que verdadeiramente importa – este desforço físico ou tudo aquilo que houve na sua vida comum? O autor é preciso ao afirmar que o sistema penal ignora totalmente o caráter evolutivo das experiências interiores*. In: HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 1. ed. Tradução por Maria Lúcia Karam. Niterói: Luan, 1993, p. 81-83. No



mesmo viés, as críticas de Maria Lúcia Karam também são bastante pertinentes: *O enfrentamento da violência de gênero, a superação dos resquícios patriarcais, o fim desta ou de qualquer outra forma de discriminação, vale sempre repetir, não se dão através da sempre enganosa, dolorosa e danosa intervenção do sistema penal. É preciso buscar instrumentos mais eficazes e menos nocivos do que o fácil, simplista e meramente simbólico apelo à intervenção do sistema penal, que, além de não realizar suas funções explícitas de proteção de bens jurídicos e evitação de condutas danosas, além de não solucionar conflitos, ainda produz, paralelamente à injustiça decorrente da seletividade inerente à sua operacionalidade, um grande volume de sofrimento e de dor, estigmatizando, provando da liberdade e alimentando diversas formas de violência.* In: KARAM, Maria Lúcia. *Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal.* Boletim IBCCRIM, ano 14, nº 168, novembro 2006, p. 07.

^{xxi} HONNETH, Axel. Op. cit., p. 198.

