



Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia
Fabrício Veiga Costa
Magno Federici Gomes
(Orgs.)



Gênero, Sexualidade e Direitos Fundamentais

para além do
Binarismo



A obra possui o compromisso de discutir temas de suma importância referentes aos direitos humanos, fundamentais e de personalidade constitucionalmente proclamados e afetos à diversidade sexual e de gênero, tais como: o direito à educação; o direito à cultura; restrições à doação de sangue; o uso de drogas; a readequação sexual; escola e diversidade; violência e Lei Maria da Penha; uniões poliafetivas; refugiados LGBT; sistema prisional e encarceramento; políticas públicas; influência social do patriarcado; identidade, luta e dominação à luz de Pierre Bourdieu e Michel Foucault. Os organizadores e demais autores tratam da temática com fluidez e esclarecem conceitos e propõem discussões pertinentes à ordem social em relação à diversidade sexual e de gênero. São temas que desafiam o dia a dia da Justiça, do Poder Público em geral, se encontram rotineiramente veiculados pela mídia e levantam uma série de questionamentos nas comunidades científica e jurídica. Tal obra muito tem a contribuir para a melhor compreensão da necessidade de proteção social e jurídica da diversidade, que tem resistido bravamente mesmo diante de todos os percalços para a sua aceitação, especialmente no Brasil, reconhecidamente um dos países que mais perseguem gays, lésbicas, bissexuais, pansexuais, travestis, transexuais e demais pertencentes e simpatizantes da comunidade LGBT. Somente quando este grupo efetivamente tiver acesso à educação, à cultura, à saúde com qualidade, ao mercado de trabalho e ao reconhecimento de direitos na esfera civil e proteção criminal é que terão sua dignidade respeitada.

Prof.ª Dr.ª Valéria Silva Galdino Cardin



**Gênero, Sexualidade e
Direitos Fundamentais para
além do Binarismo**



Financiamento e Grupos de Pesquisa

Este livro recebeu apoio financeiro da FAPEMIG (Projeto nº 22869) e da Escola Superior Dom Helder Câmara (Edital nº 03/18 de fomento à pesquisa), resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), Gênero, Sexualidade e Direitos Fundamentais, Teorias da Justiça e Pluralismo, NEGESP e CEDIS (FCT-PT).

**Gênero, Sexualidade e
Direitos Fundamentais para
além do Binarismo**

Organizadores:

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

Fabício Veiga Costa

Magno Federici Gomes



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici (Orgs.)

Gênero, sexualidade e direitos fundamentais para além do binarismo [recurso eletrônico] / Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia; Fabrício Veiga Costa; Magno Federici Gomes (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

444 p.

ISBN - 978-85-5696-747-1

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito; 2. Gênero; 3. Sexualidade; 4. Não-Binarismo; 5. Direitos Fundamentais; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

*Existe uma maneira de categorizar os corpos? O que as categorias nos dizem?
As categorias nos dizem mais sobre a necessidade de categorizar os corpos
do que sobre os próprios corpos.*

Judith Butler

Sumário

Apresentação	13
Tereza Vieira	
Prefácio	17
Valeria Galdino	
1	19
Reclusão de gays, travestis e transexuais e sua insustentabilidade	
Magno Federici Gomes; Eduardo Henrique de Oliveira Barbosa; Izadora Gabriele dos Santos Oliveira	
2	38
Proteção e implementação dos direitos das minorias culturais	
Ana Maria D'Ávila Lopes	
3	55
As restrições insustentáveis para doação de sangue de homens que fazem sexo com outros homens	
João Vinícius dos Santos; Magno Federici Gomes	
4	88
Do direito fundamental à uma educação para além dos padrões binários de gênero	
Valéria Silva Galdino Cardin; Nathan Pereira Cavalheiro	
5	102
Diversidade sexual e educação: a escola como um local de reação às representações sociais	
Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega; Livia Neves Malta Curciolli	
6	118
Transexualidade: análise dos reflexos jurídicos na esfera civil decorrentes da readequação sexual	
Monnizia Pereira Nóbrega; Marília Gomes Barbosa Ferreira de Sousa	

7.....	156
Chemsex: o uso associado de drogas a práticas sexuais e sua relação com a população LGBTIQ	
Belmiro Vivaldo Santana Fernandes	
8	175
Lei maria da penha: violência feminina cotidiana	
Dalvaney Aparecida de Araújo; Fabrício Veiga Costa	
9.....	202
Reconhecimento das uniões poliamorosas e direitos fundamentais: apontamentos críticos sobre o processo no Conselho Nacional de Justiça(CNJ)	
Rainer Bomfim; Luísa Marques Reis; Maria Carolina Souza de Lima	
10	216
Refugiados LGBTI no Brasil: as contradições enfrentadas por pessoas duplamente invisibilizadas no processo de concessão de refúgio por perseguição em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero	
Leandra Chaves Tiago; Julieth Laís do Carmo Matosinhos Resende	
11.....	241
O direito comparado no modo de deliberação pela Corte Suprema na ADI 4277	
Flávio Marcos de Oliveira Vaz; Fabrício Veiga Costa	
12	257
Das possibilidades de subversão jogando pelas regras do patriarcado	
Emmanuella Denora	
13	279
Diversidade de gênero, Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Lei Maria da Penha: novas perspectivas para a efetivação de direitos fundamentais no Brasil	
Henrique Rabello de Carvalho	
14	300
Identidade, luta e dominação: uma análise sócio-jurídica do discurso pautado em categorias sexuais, à luz da teoria de Pierre Bourdieu e Michel Foucault	
Thiago Augusto Galeão de Azevedo	

15	325
Uma leitura do binarismo de gênero como discrimen desigualador na constituição da república de 1988	
Arísio Antonio Fonseca Junior	
16	350
O neoconstitucionalismo e a proteção dos direitos e garantias fundamentais a identidade de gênero da pessoa transexual	
Flávio Marcos de Oliveira Vaz; Fabrício Veiga Costa	
17	370
Comunidade LGBT: conexões entre direitos humanos, sistema prisional e políticas públicas contra a violência de gênero	
Maria Laura Vargas Cabral; Deilton Ribeiro Brasil	
18	386
Violência de gênero: a construção de uma nova tipologia de violência no direito brasileiro	
Ana Luíza Moreira Fernandes; Luiz Gustavo Santos Cota	
19	405
A prática delitiva pela mulher e o encarceramento como <i>Locus</i> de violencia simbólica	
Fabrício Veiga Costa; Aparecida Dutra de Barros Quadros	
Sobre os Organizadores.....	444

Apresentação

*Tereza Rodrigues Vieira*¹

Foi com imensa satisfação e alegria que aceitei apresentar a obra "Gênero, Sexualidade e Direitos Fundamentais para além do binarismo", uma vez que sou testemunha da qualidade e esmero das publicações de Fabrício Veiga Costa, Alexandre Bahia e Magno Federici Gomes.

As chamadas minorias sexuais, cuja visibilidade é ignorada pelo poder público, são nesta obra reveladas com clareza e conhecimento pelos conceituados pesquisadores convidados a integrá-la.

O universo sombrio e penoso do cárcere destinado à mulher e à população carcerária LGBT é desvendado por Magno Federici Gomes, Eduardo Barbosa, Izadora Oliveira e também por Maria Laura Cabral, Deilton Brasil, Fabrício Veiga Costa e Aparecida Quadros, que revelam a violência, a discriminação e o desrespeito ao gênero ao denunciarem a falta de políticas públicas humanizadas e apropriadas a este público. As eventuais soluções apontadas indicam caminhos para a ressocialização e respeito aos direitos humanos das pessoas encarceradas.

A educação para a diversidade é denotada nos artigos de Valéria Galdino Cardin, Nathan Cavalheiro, Maria Cristina Tárrega e Lívia Curciolli, pesquisadores que criticam os padrões binários equivocados que cercam o meio ambiente escolar, implicando na sua perpetuação vida afora. Anunciam que incumbe ao Estado o papel fundamental na construção da tolerância das diversidades e no combate ao preconceito contra

¹ Pós-Doutora em Direito pela Université de Montreal, Canadá; Mestra e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC); Pós-Graduada em Bioética pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP); Docente do Mestrado em Direito Processual e Cidadania, do Curso de Medicina e do Curso de Direito na Universidade Paranaense (UNIPAR); Advogada em São Paulo; E-mail: terezavieira@uol.com.br

as minorias. Aliás, estas muito bem retratadas por Ana Maria D'Ávila Lopes quando evidencia os direitos a serem garantidos às minorias culturais, permitindo a existência pacífica e igualitária desses grupos.

As pessoas trans, na perspectiva de Monnizia Nóbrega, Marília Sousa, Flávio Vaz e Fabrício Costa, apesar do reconhecimento de direitos em 2018 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no concernente à adequação dos documentos destes cidadãos e cidadãs no tocante ao nome e ao gênero no Registro Civil, ainda pugnam por normas protetivas e garantidoras do respeito à dignidade da pessoa trans. Aliás, garantias estas que devem ser estendidas também aos refugiados LGBTI, conforme lembram Leandra Tiago e Julieth Resende.

João Vinícius dos Santos e Magno Federici analisam as restrições insustentáveis para doação de sangue de homens que fazem sexo com outros homens, com fundamento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não discriminação, da proporcionalidade e da sustentabilidade.

O tema “chemsex” é explanado por Belmiro Fernandes, que vem se notabilizando como um dos poucos pesquisadores nacionais a refletir sobre o uso associado de drogas a práticas sexuais e sua relação com a população LGBTIQI.

É manifesto que o surgimento da Lei Maria da Penha foi um marco positivo na legislação nacional, tendo sua existência ganho repercussão popular. Contudo, situações de violência de gênero, verdadeiras torturas psicológicas e físicas, ainda têm protagonizado o cotidiano brasileiro. Dalvaney Araújo e Fabrício Veiga Costa labutam por mudanças de paradigma de modelo de sociedade humana, objetivando a implementação de novas políticas públicas de inserção e transformações culturais. Conforme lembra Henrique Rabello de Carvalho, analisando as disposições da Lei Maria da Penha em conjunto com a legislação internacional de direitos humanos e o sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos, observa-se uma perspectiva democrática de gênero inscrita nos textos legais internacionais, a qual permite a garantia de direitos

fundamentais em consonância com esse prisma. Ana Luíza Fernandes e Luiz Gustavo Cota revelam a necessidade de se ampliar as reflexões sobre uma nova tipologia de violência, dando relevância aos demais tipos de atos infracionais concernentes ao gênero.

O registro oficial das uniões poliamorosas receberam limitações impostas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Todavia, este processo no CNJ é aqui criticado por Rainer Bomfim, Luísa Reis e Maria Carolina Lima.

Arísio Antonio Fonseca Junior analisa termos contidos na Constituição Federal de 1988 que utilizam o *discrímen* de gênero, objetivando considerar uma interpretação deles que observe a inclusão e a igualdade entre homens e mulheres cisgêneros e transgêneros.

Sopesando a ordem constitucional posta e partindo da estrutura patriarcal do Direito, a pesquisadora Emmanuela Denora sugere conclusivamente que, pela tomada dos espaços das estruturas de poder pautados nas questões de gênero e reconhecendo as implicações do patriarcado no sistema normativo, seja possível utilizar o sistema pensado na ordem binária como atos subversivos do corpo (político).

A seu turno, Thiago Azevedo pondera sobre uma análise sócio-jurídica do discurso pautado em categorias sexuais, à luz da teoria de Bourdieu e Foucault, destacando a necessidade da criação de uma nova ordem sexual, na qual o discurso subversivo não estaria pautado em identidades sexuais, marcada não mais pelo “ser”, mas pelo “tornar-se”.

Flávio Vaz e Fabrício Costa lembram que, no tocante a ADI 4277 que reconhece a união homoafetiva, alguns ministros fundamentaram seus votos com a citação de legislação estrangeira. Sem embargo, citar o direito comparado sem qualquer verificação metodológica científica faz com seja ineficaz a comparação em se tratando de legislação brasileira, incorrendo no risco de ser desacreditada na seriedade quando da decisão dos julgamentos.

A obra "Gênero, Sexualidade e Direitos Fundamentais para além do binarismo", detém uma leitura prazerosa e entusiasta que flui natural-

mente, incitando o leitor a ir adiante, descobrindo mais sobre a visão de diligentes pesquisadores acerca das vivências de gênero.

Leitura altamente recomendável para os que pugnam pelos direitos humanos e pelo respeito à diversidade e, repugnam o preconceito, o prejulgamento, a hostilidade, a discriminação e a intolerância.

Prefácio

*Valéria Silva Galdino Cardin*¹

Abordar a temática Gênero e Sexualidade em tempos de intolerância requer ousadia, porque é necessário romper com dogmas e preceitos do binarismo que deveriam estar ultrapassados, mas que ainda vigoram, e acabam por castigar aqueles que fogem do padrão da heteronormatividade e de uma construção histórica e social fundamentada no patriarcado.

Faz-se necessário persistir nesta temática em razão de que muitos são os direitos fundamentais que ainda não foram garantidos às minorias sexuais e, mesmo os que já assegurados, estão sempre sob a mira do preconceito e da ameaça de retrocesso, quando fundamentados somente em entendimento doutrinário e jurisprudencial, pois são passíveis de alteração em eventual produção legislativa que seja contrária ao que já fora conquistado.

A obra “Gênero, Sexualidade e Direitos Fundamentais para além do Binarismo”, dos organizadores Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, Fabrício Veiga Costa e Magno Federici Gomes, possui o compromisso de discutir temas de suma importância referentes aos direitos humanos, fundamentais e de personalidade constitucionalmente proclamados e afetos à diversidade sexual e de gênero, tais como: o direito à educação; o direito à cultura; restrições à doação de sangue; o uso de drogas; a readequação sexual; escola e diversidade; violência e Lei Maria da Penha;

¹ Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP); Docente no Programa de Doutorado e Mestrado em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR) e também da Universidade Estadual de Maringá; Pesquisadora do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI); Advogada no Paraná; E-mail: valeria@galdino.adv.br

uniões poliafetivas; refugiados LGBT; sistema prisional e encarceramento; políticas públicas; influência social do patriarcado; identidade, luta e dominação à luz de Pierre Bourdieu e Michel Foucault.

Os organizadores e demais autores tratam da temática com fluidez e esclarecem conceitos e propõem discussões pertinentes à ordem social em relação à diversidade sexual e de gênero. São temas que desafiam o dia a dia da Justiça, do Poder Público em geral, se encontram rotineiramente veiculados pela mídia e levantam uma série de questionamentos nas comunidades científica e jurídica.

Tal obra muito tem a contribuir para a melhor compreensão da necessidade de proteção social e jurídica da diversidade, que tem resistido bravamente mesmo diante de todos os percalços para a sua aceitação, especialmente no Brasil, reconhecidamente um dos países que mais perseguem gays, lésbicas, bissexuais, pansexuais, travestis, transexuais e demais pertencentes e simpatizantes da comunidade LGBT.

Somente quando este grupo efetivamente tiver acesso à educação, à cultura, à saúde com qualidade, ao mercado de trabalho e ao reconhecimento de direitos na esfera civil e proteção criminal é que terão sua dignidade respeitada.

Esta obra trata de temas que rompem com o preconceito e com a discriminação e está adstrita no ideal da pós-modernidade, se fundamentando na principiologia da dignidade da pessoa humana. Boa leitura!

Reclusão de gays, travestis e transexuais e sua insustentabilidade ¹

Magno Federici Gomes ²

Eduardo Henrique de Oliveira Barbosa ³

Izadora Gabriele dos Santos Oliveira ⁴

1. Introdução

O Brasil, atendendo parte dos clamores sociais quanto a punição dos crimes praticados no território nacional, tem encarcerado grande parte da população, minimizando o desejo por vingança que a maioria dos integrantes do Estado apresentam, ao invés de aplicar medidas com a finalidade de oferecer mais oportunidades, ensinar a população e, consequentemente, reduzir o número de ilícitos cometidos.

¹ Trabalho financiado pelo Projeto FAPEMIG nº 22869, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), NEGESP, Metamorfose Jurídica e CEDIS (FCT-PT).

² Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-o). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. ORCID: <<http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>>. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>>. E-mail: federici@pucminas.br

³ Graduando em Direito pela PUC Minas. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6081985546719593>>. E-mail: eduardoliveira1996@hotmail.com

⁴ Graduando em Direito pela PUC Minas. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1970992584585714>>. E-mail: iza_oliveira123@hotmail.com

As medidas atualmente utilizadas apresentam, de maneira reflexa, o incremento da população carcerária, que precisa se amontoar dentro das penitenciárias para que elas possam suprir a demanda de vagas para o cumprimento de novos mandados de prisão, além de elevar os custos do Estado, haja vista a inevitável obrigação de suprir as necessidades básicas dos encarcerados.

Não se está defendendo, através deste artigo, que a prisão se torne uma hospedaria de luxo. No entanto, para cumprir sua função primordial, qual seja, a ressocialização de quem tenha cometido algum ilícito, é necessário que este seja tratado com um mínimo de respeito e dignidade. Além do mais, as penitenciárias não podem se assemelhar à masmorras, responsáveis por causar sofrimento extremo às pessoas ali abandonadas.

Atualmente, as penitenciárias se dividem em duas grandes ramificações, que se baseiam no sexo de quem tenha cometido o ilícito penal. Se portador de genitálias masculinas, será direcionado ao presídio masculino; se detentor de genitálias femininas, será enviada ao presídio feminino. Esse modelo vigorou durante muito tempo e se mostrou suficiente quanto a classificação dos detentos, isso em épocas em que a discordância entre o sexo apresentado pelo sujeito e sua real orientação sexual eram inaceitáveis.

Quanto ao problema a ser abordado por este artigo, a maior parte das penitenciárias não apresentam a infraestrutura necessária para acomodar gays, travestis e transexuais e, quando apresentam tais espaços, eles não são utilizados da maneira correta.

Desse modo, como objetivo analisar-se-á as dificuldades enfrentadas por essas pessoas no meio ambiente carcerário e abordará as medidas que estão sendo aplicadas para solucioná-las. Em seguida, apresentar-se-á as dificuldades que precisam ser superadas para que tais medidas possam sanar o problema inicial, em virtude de terem sido corrompidas.

O trabalho se justifica na medida em que os presidiários são sujeitos de direito e merecem ser tratados com dignidade e respeito, inerentes à própria condição de pessoa humana.

Utilizou-se o método teórico documental, com técnica dedutiva e análise de artigos, dispositivos legais e trabalhos científicos de referência. Como marco teórico, utilizou-se a dissertação de mestrado de Lamounier (2018).

O presente artigo se desenvolve sobre três grandes pilares. O primeiro deles aborda assuntos correlatos ao encarceramento e os desafios a serem superados pela população LGBT que se encontra nessa condição. Em seguida, tratou das alas especiais como uma medida potencial capaz de solucionar os problemas enfrentados. Por fim, o terceiro tópico apresenta as inconsistências de tal mecanismo e sua insuficiência para solucionar o problema em questão.

2. Encarceramento e as dificuldades enfrentadas pela população LGBT nas penitenciárias brasileiras

Hoje, os cidadãos apresentam variadas formas de orientação sexual e identidade de gênero. Desse modo, faz-se necessário a adequação do sistema como um todo para que seja possível atender às diferentes demandas da população. Se para heterossexuais a vivência em uma penitenciária causa agressões, desrespeitos e inúmeros traumas, é difícil mensurar todas as dificuldades enfrentadas por pessoas do grupo LGBT inseridas nessas condições.

Já de início, as pessoas do sexo masculino que apresentam orientação sexual ou identidade de gênero feminina são tratadas com menosprezo; são obrigadas a deixar para trás as práticas com a finalidade de manter a aparência feminina; além de, em muitos casos, serem espancadas e abusadas por muitos companheiros de cela.

A explicação para a aplicação de um padrão que nega atitudes femininas por parte da população LGBT dentro das penitenciárias masculinas pode ser verificada na fala do mestre em antropologia Marcio Zamboni, citado por Beatriz Drague Ramos, ao apresentar o pronunciamento de um de seus entrevistados, afirma que: “se as nossas mulheres encontram as

trans, gays e travestis dentro das celas ficam com ciúmes [...]. Se elas virem a prostituição, não vão querer voltar” (ZAMBONI *apud* RAMOS, 2017, s.p.).

Os encarcerados proíbem tal comportamento com o objetivo de manter seus relacionamentos extramuros. Assim, após cumprirem pena, objetivam encontrar suas respectivas famílias como haviam deixado antes do encarceramento.

2.1 Abusos por agentes penitenciários

Além das dificuldades típicas do sistema carcerário sofridas por gays, travestis e transexuais no interior das celas que ocupam, como o fato de terem que masculinizar suas atitudes e comportamentos no interior da cela e deixar para trás as práticas femininas que cultuavam, essas não encontram apoio nem mesmo para fazer cessar as dificuldades e abusos sofridos, visto que os agentes penitenciários constantemente ignoram as súplicas por ajuda e, por vezes, consentem com a prática de tais atos. Para fugir de tais ameaças:

[...] elas acionam a resposta dos cortes nos braços e antebraços para conseguir chamar a atenção dos agentes penitenciários ou da gestão do presídio. Isso porque, muitas vezes, ficam meses sem respostas sobre seu andamento processual, ou precisam de algum atendimento médico, e são sumariamente ignoradas pelo sistema. Esse método é um meio de sobreviver e combater a negligência, via ação direta, que as leva diretamente para o hospital, onde conseguem ter acesso aos atendimentos, cuidados e atenção (BOLDRIN, 2017, p. 90).

A prática, dolorosa e prejudicial à integridade física da própria pessoa, nada mais é do que um ato de desespero que, em síntese, visa encerrar a ameaça a que está exposta e assim, buscar ajuda em quem, mesmo que minimamente, possa ouvir o que se tem a dizer. Em sua maioria, os agentes penitenciários mostram-se ineficazes para combater tais abusos.

Não se pode perder de vista que o encarceramento possui um objetivo principal, como já abordado por este artigo. Negar a um presidiário o pedido para tratar das enfermidades a que seu corpo está exposto, além

de configurar omissão do profissional responsável, trata-se de ato dos mais desumanos. Faz-se importante reiterar que independentemente da pena que recaia sobre o ser humano, ele não pode ser tratado como se inferior fosse ou mesmo desclassificar sua condição de sujeito de direitos, sob pena de insustentabilidade manifesta⁵, mesmo que sejam considerados indivíduos invisíveis pela sociedade⁶.

Além do mais, o direito ao acesso a saúde, garantia constitucional presente na Seção II do Capítulo que trata da “Seguridade Social” na Constituição da República de 1988 (CR/88), não possui aplicação restrita às pessoas livres, mas aplica-se também aos seres humanos encarcerados. Conforme artigo 196 da CR/88:

A saúde 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 (BRASIL, 1988) (grifo próprio).

O artigo transcrito é claro ao afirmar que todos deverão ter acesso à saúde e também aos métodos que garantam sua promoção.

2.2 Utilização do corpo de gays, transexuais e travestis

Lamounier (2018) apresenta outra forma de violência praticada dentro das penitenciárias. Trata-se do uso do corpo de gays, transexuais e travestis como “esconderijo” para objetos ou materiais ilícitos dentro das celas contra a vontade do sujeito, que se vê obrigado a se submeter à ordem dos seus companheiros de cela para não sofrer punições.

Apesar da verificação que se aplica às pessoas que ingressam na penitenciária, vez ou outra alguém burla o sistema de revista, adentrando à penitenciária com objetos ou substâncias cuja permanência em tal recin-

⁵A dignidade da pessoa humana relaciona-se com a metanorma do desenvolvimento socioambiental sustentável, por meio do antropocentrismo. Para aprofundamentos, ver: COELHO; MELLO, 2011, p. 9-24.

⁶ Para analisar o conceito de indivíduos visíveis e invisíveis na teoria crítica de Adorno e ainda sua relação com o direito subjetivo da sustentabilidade multidimensional e transdisciplinar, como parâmetro para dignidade da pessoa humana, ver: HENRIQUE; GOMES, 2018, p. 87-106.

to seja proibida. Por terem consciência das falhas existentes no sistema, os agentes penitenciários desempenham revistas periódicas nas celas com o objetivo de encontrar algo, cuja posse e porte pelos presos não seja permitida.

Quando os demais presidiários percebem que estão prestes a serem revistados, obrigam gays, travestis e transexuais a esconderem celulares, drogas e outras coisas mais, dentro de seu corpo através do orifício anal, que por sofrer penetrações constantes, torna-se flexível a ponto de propiciar a acumulação de mais de um objeto. Além do mais, o presidiário heterossexual jamais admitiria a introdução de tal objeto, uma vez que a prática do ato consistiria na perda de sua masculinidade.

Apesar da existência de situações em que a prática citada seja imposta por outrem, Boldrin (2017) descreve em trecho o cotidiano de uma mona responsável pelo armazenamento de tais objetos. No entanto, nas passagens citadas, a presidiária realiza sua função por vontade própria, sem que haja exigência por parte de seus companheiros de cela. Assim:

Segundo Vivi, [...] ela era muito respeitada pelo serviço que fazia. Em dias de blitz sua função era guardar celulares no cu, com uma técnica narrada com certo orgulho ‘eu levava 30 reais por uma peça, 50 reais por 3 peças, às vezes 100 reais por dia para levar celular, colocava no papel higiênico, depois dentro de uma camisinha e enfiava, eu só tinha que fazer isso no momento da blitz’. Sua fala expressava nostalgia desse período e segundo a mona os ataques do PCC de 2006, amplamente noticiados pela mídia, foram organizados através de celulares que estavam dentro dela em algum momento do convívio prisional (BOLDRIN, 2017, p. 86-87).

Além do mais, a prestação de tal “serviço” no âmbito penitenciário é vista como uma tarefa realizada exclusivamente por homossexuais. Desse modo, os presidiários homossexuais que não apresentam características afeminadas, mas que se submetem a tais atividades são bem vistos pelos demais presidiários, conforme citação abaixo:

Segundo me disse uma interlocutora de pesquisa, em cadeias do PCC, presos homossexuais que não expressam atitudes femininas são muito bem quistos

pelos outros, isso porque um ladrão nunca colocaria um celular em seu cu, em hipótese alguma. Já um detento que não expresse a feminilidade das bichas e travestis mas que ainda seja homossexual, não é obrigado a passar por uma revista íntima, pois os agentes o considerariam como um ladrão e não como bicha (BOLDRIN, 2017, p. 87).

Como dito anteriormente, faz-se importante analisar que, apesar dos abusos verificados em algumas penitenciárias, em que homossexuais, travestis e análogos são obrigados a introduzir em seu corpo algo cuja permanência no interior da penitenciária seja ilícita, em alguns casos tal ato é praticado de forma espontânea pelo presidiário que o faz em troca de cigarros, drogas, produtos de beleza, dinheiro e até mesmo poder.

Apesar do ambiente hostil, não se pode generalizar as condutas praticadas dentro da penitenciária, uma vez que, em alguns presídios existe autonomia, mesmo que mitigada, que dá ao aprisionado o direito de optar por certas condutas. Aqui, a crítica feita refere-se aos atos realizados contra a vontade do sujeito, a quem foi obrigado a praticar algo contrário à sua vontade e que só o fez para não sofrer penalidades futuras, a serem aplicadas pelos demais presidiários.

2.3 A manutenção da aparência feminina

Outro grande problema enfrentado por gays travestis e transexuais dentro da penitenciária refere-se à ausência de substâncias e objetos que tornam o corpo masculino mais próximo da ideia feminina. Dentro das penitenciárias não é permitida a entrada de hormônios femininos, produtos de beleza e similares. Dessa forma, as características masculinas do corpo ora afastadas pelo uso constante dessas substâncias, voltam a aparecer e a atormentar a vida destas. Como pode ser percebido na transcrição abaixo:

Na cadeia, a falta de hormônios provocava vários efeitos no corpo das monas, o que era expresso de diversas formas por minhas interlocutoras: me diziam ‘o sangue fica fino, a pele ruim’, me apontavam os gogós nas gargantas que começavam a aparecer, os seios e nádegas caíam e as formas

femininas se criavam meramente pelas posturas que adotavam, formas que se criavam intensamente. Além disso, tiravam a barba dos rostos ‘pelo por pelo’ com pinças, pois a raspagem com lâmina ocasionaria inevitavelmente que a barba engrossasse (BOLDRIN, 2017, p. 76).

Não ter acesso aos hormônios consumidos diuturnamente causa inclusive rivalidade entre as presidiárias, haja vista a desvalorização das travestis, gays e transexuais, que perdem seus trejeitos femininos pela falta de acesso aos hormônios:

A ausência de hormônios acentuava a diferença entre bichas e travestis e muito se dizia daquelas que tinham silicone e seus efeitos no pavilhão. As travestis que eram toda feita, ou seja, que tinham se transformado completamente, tendo próteses – de silicone industrial, implantados na rua em operações clandestinas pelas travestis que são denominadas bombadeiras – nos seios e nádegas, as vezes nos lábios e pernas, normalmente se recusavam a sair dos pavilhões em receio de represálias das agentes prisionais (BOLDRIN, 2017, p. 76).

Fica clara a opressão que o sistema, através de seus agentes, apresenta para a população LGBT dentro da penitenciária, haja vista as presidiárias que conseguem manter seus trejeitos femininos despertarem o desejo sexual dos próprios agentes penitenciários e que, se por eles fossem requisitadas, não teriam outra opção, a não ser se sujeitar às fantasias desenvolvidas pelos agentes.

Devido a inexistência de materiais de beleza para se auto produzir, as presidiárias utilizam elementos capazes de oferecer resultados semelhantes, mesmo que para isso a saúde fosse colocada em risco. Nesse sentido:

As monas usavam a tinta de canetinhas, com algodão e água, para maquiarem as bochechas, e o que chamavam de borra, fumaça que recolhiam de um prestobarba queimado, para fazer sombras nos olhos. As bocas também eram pintadas com canetinhas, e os cabelos pintados com papel crepom (BOLDRIN, 2017, p. 76).

Em alguns casos, as presidiárias utilizavam fluidos de pilha para se maquiarem, causando graves problemas à pele pelo uso da substância

química, cuja finalidade não se inclui aplicações tópicas e que, inclusive, causa preocupações referentes ao descarte, haja vista o grande impacto causado ao meio ambiente.

3 Criação de alas especiais

Ao perceber o tormento vivido por gays, travestis e transexuais, em algumas prisões masculinas brasileiras, “alas especiais” foram criadas com o objetivo de separá-los dos seus agressores, de modo a evitar o contato entre os demais presidiários. Segundo Ramos (2017), das 1.423 unidades prisionais existentes no Brasil em 2017, apenas 15% desse total apresenta celas destinadas para o encarceramento do público supracitado, e que tais alas estão presentes em Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Paraíba e Mato Grosso, um número insuficiente, haja vista a extensão territorial que compõe o Brasil e a quantidade de presidiários, número que cresce cada vez mais.

Em 15 de abril de 2014, aprovou-se a Resolução Conjunta nº 1, da Presidência da República (PR) e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD), responsável por apresentar dispositivos com a finalidade de determinar conceitos, como exemplo, quais seriam as principais características dos integrantes do grupo LGBT. É nesse mesmo instrumento normativo, mais especificamente em seu art. 3º, que a criação de alas dentro das penitenciárias foi determinada, conforme transcrição abaixo:

Art. 3º - Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos.

§ 1º - Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo.

§ 2º - A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade (BRASIL, 2014).

Importante frisar que, de acordo com tal texto, gozar da cela especial deve ser uma opção oferecida pelo presídio e, de maneira alguma, poderá ser utilizada como punição, mas sim como proteção à população vulnerável⁷.

Outro ponto de grande relevância ao leitor atento é que dentre os 12 artigos apresentados pelo texto da Resolução Conjunta nº 1, nenhum deles apresenta à pessoa que mudou de cela, pelo exercício do direito concedido pelo artigo terceiro e parágrafos da mesma resolução, o direito de retornar à cela comum, caso queira. Assim, caso o preso gay, travesti ou transexual opte pela ala, não estará livre para solicitar sua volta à cela comum.

Como o objetivo é que a ala especial possua estrutura semelhante à cela comum, sem, contudo, a presença daqueles que oferecem risco ao grupo LGBT, seria pouco provável que o citado, após realizada a referida alteração de cela, desenvolvesse em si o desejo por retornar à cela comum.

Na teoria há um sistema “perfeito” para inibir a situação de vulnerabilidade. No entanto, faz-se necessário observar que, quando colocado em prática, nem sempre se mostra tão eficiente, como será visto no decorrer deste estudo.

Em conformidade com essa afirmação, a Resolução Conjunta PR/CNCD nº 1/2014 foi impugnada por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 527/DF, de relatoria do Min. Roberto Barroso, que tramita desde 25/06/2018. Após o estabelecimento do contraditório e em decisão recente, publicada em 01/07/2019, o Ministro Relator deferiu parcialmente a medida cautelar, "para determinar apenas que transexuais femininas sejam transferidas para presídios femininos" (BRASIL, 2019), excluindo tal dispositivo para os travestis. Determinou, ainda, a inclusão em pauta do Plenário, para referendar a liminar e a intimação de todos os interessados sobre a situação dos travestis. Dessa forma, a ementa da decisão monocrática assim dispõe:

⁷ Para aprofundamento sobre essa finalidade de proteção à população LGBT vulnerável e suas consequências, ver: FRÓIS; VALENTIM, 2017, p. 1-9.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Transexuais e travestis. Unidades prisionais em que deve ocorrer o cumprimento de pena. Proteção contra abusos físicos e psíquicos. Princípios de Yogyakarta. 1. Interpretação judicial controvertida da Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação nº 1/2014, acerca das unidades prisionais e demais condições em que deve ocorrer o cumprimento de pena de transexuais e travestis. 2. Transexuais são pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo biológico. Percebem seu corpo como inadequado e buscam ajustá-lo à imagem de gênero que têm de si. Travestis são pessoas que se apresentam para o mundo com o gênero oposto àquele correspondente a seu sexo biológico, mas não percebem seu corpo como inadequado e não desejam modificá-lo. 3. Direito das transexuais femininas ao cumprimento de pena em presídios femininos, de acordo com a sua identidade de gênero. Incidência do direito à dignidade humana, à autonomia, à liberdade, à igualdade, à saúde, vedação à tortura e ao tratamento degradante e desumano (CF/88, art. 1º, III; e art. 5º, *caput*, III). Normas internacionais e Princípios de Yogyakarta. Precedentes: ADI 4.275, Red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin; RE 670.422, Rel. Min. Dias Toffoli. 4. Divergência quanto ao tratamento a ser conferido às travestis. Notícia de minuta de resolução em debate entre órgãos com expertise na matéria. Insuficiência das informações constantes dos autos para proporcionar uma decisão segura. Necessidade de complementação da instrução do feito quanto a este ponto. Presença de *periculum in mora* inverso. 5. Cautelar parcialmente deferida para assegurar que transexuais femininas cumpram pena em presídio feminino (BRASIL, 2019).

Portanto, existem sérios problemas que precisarão ser reparados para que o objetivo inicial da Resolução Conjunta nº 1 possa ser alcançado.

4. Contraponto à criação de alas especiais

Apesar da criação de alas dentro da penitenciária dar a gays, travestis e transexuais a possibilidade de se distanciarem do perigo iminente quanto a ocorrência de inúmeras agressões, algumas críticas foram feitas quanto ao modelo implantado.

Segundo Zamboni (2017), Fróis e Valentim (2017), as medidas aplicadas não possuem o condão de promover os direitos humanos, mas

criam, de forma reflexa, a falsa sensação de que privilégios foram concedidos a tais pessoas, o que causa desconforto à população carcerária.

Faz-se importante ressaltar que as alas não apresentam regalias aos encarcerados que ali estão. Pelo contrário, possuem a mesma estrutura das celas comuns, haja vista seu objetivo ser unicamente separar a comunidade LGBT de quem lhes apresentam risco.

4.1 Alas especiais como manutenção da vida por presidiários jurados de morte

Apesar da criação das alas especiais possuir objetivo certo e previamente determinado, na prática, sua utilização tem sido outra. Ao se ter em vista a ineficiência do Estado em cumprir com suas obrigações no seio da sociedade⁸, pouco provável seria que ele despendesse recursos públicos visando unicamente confirmar a alegação feita por alguém que se encontre detido nas penitenciárias e que está disposto a assinar o termo afirmando ser gay ou travesti e que quer, através deste termo, manifestar seu desejo por mudar de cela, protegendo-se assim da iminente ameaça que os outros detentos lhe representam.

Da mesma forma, o Estado já se mostrou ineficiente em garantir a integridade física das pessoas encarceradas e não raro, os presidiários são agredidos, violentados e, em casos mais graves, assassinados. Para fugir da violência a que estão sujeitos, muitos presidiários filiam-se ao crime organizado que, em troca da proteção intramuros, se comprometem a prestar favores ou a pedir a alguém, não recluso na penitenciária, que os preste a seu favor.

Após a criação das alas especiais, por meio de previsão em ato administrativo normativo, a junção das duas falhas antes citadas⁹, desencadearam uma demandada de presos, que em nada se identificam

⁸ Para uma leitura mais ampla do cumprimento dos deveres do Estado, por meio da implementação de políticas públicas e sua relação com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), ver: GOMES; FERREIRA, 2018, p. 172-175.

⁹ Isto é, a ineficácia do Estado em verificar a veracidade dos fatos alegados pelo preso e a ineficácia em garantir a integridade das pessoas recolhidas ao cárcere.

com gays e travestis, para as referidas alas especiais, cujo objetivo é se esquivar das punições a que estão sujeitos no ambiente carcerário comum, a serem aplicadas por outros presos de forma arbitrária ou por presidiários ligados à organizações e facções criminosas concorrentes.

Dessa maneira, não há que se falar em cumprimento efetivo do objetivo inicial da criação das alas especiais, visto que, aqueles que apresentam risco às pessoas que deveriam ser beneficiadas por tais alas, estão se inserindo nelas. Assim, ineficaz a ideia inicial de afastar o risco à comunidade LGBT reclusa.

As vagas, que por óbvio são limitadas, acabam sendo preenchidas por quem na verdade não teria o direito a gozar das alas especiais, enquanto que, aqueles que por regra escrita, possuem o direito de integrar tais alas são impedidos de se aproveitarem delas. E, quando conseguem uma vaga, se encontram na mesma situação de vulnerabilidade anterior, inserida no meio de pessoas que lhe apresentam risco.

4.2. O grupo LGBT como vetor de infecções sexualmente transmissíveis

Não se pode ignorar a existência e estabelecimento de vínculos afetivos entre as pessoas encarceradas. Apesar das penitenciárias terem sido taxadas como um ambiente propício ao cometimento de graves abusos e, isso ocorre frequentemente, é preciso perceber que existem casos em que o sexo praticado entre os presos ocorre de forma consentida ou até mesmo como uma forma de obter certos privilégios e vantagens. Como citado por Lamounier (2018), é possível encontrar no ambiente carcerário integrantes do grupo LGBT que utilizam do corpo como moeda de troca para obter cigarros, produtos de higiene pessoal e, até mesmo, produtos de beleza.

Apesar de em alguns casos o ambiente carcerário aceitar o integrante do grupo LGBT, quando presentes as alas, elas estão sendo vistas como uma forma de segregar a população LGBT do convívio com os demais

presos, devido ao senso comum disseminado entre grande parte da população que enxerga na comunidade LGBT uma espécie de “vetor” capaz de causar graves contaminações naqueles que não integram o grupo, principalmente contaminações relacionadas a infecções sexualmente transmissíveis (ISTs). Em sentido equivalente:

É preciso ter cuidado com a maneira como a questão da transmissão de DSTs no ambiente prisional é tratada. Os comentários da gestora e do agente penitenciário, por exemplo, demonstram um ‘tom no mínimo preconceituoso ao tratar as mulheres travestis e transexuais como motivo da contaminação’ (Benfica & Almeida, 2014, p. 6), como se por essa razão elas deveriam ser afastadas do convívio comum ou isoladas de qualquer tipo de contato (LAMOUNIER, 2018, p. 134).

E ainda:

Ao final de uma visita, um agente penitenciário que ficou me acompanhando/vigiando durante a manhã, enquanto me direcionava para fora da unidade, comentou, ‘para o meu bem’, que muitos presos aqui tem HIV... e tem unhas cumpridas... se você se aproxima muito, ou acontece de alguém ter ciúmes ou outra coisa, podem te machucar, e você teria que tomar coquetel só por causa de um arranhão... é para sua segurança... com o tempo, quando o pessoal for se acostumando com você, vai ser mais tranquilo e poderá ir sozinha (LAMOUNIER, 2018, p. 134).

Depreende-se das menções acima uma preocupação de Lamounier (2018) com a forma com que as autoridades, no âmbito penitenciário, tratam a presença de pessoas contaminadas por ISTs¹⁰.

No âmbito penitenciário, a organização dos presídios tem ignorado a realidade de que os presos praticam atos sexuais de forma consentida e que, para solucionar a disseminação de infecções sexualmente transmis-

¹⁰Importante consignar que, conforme pronunciamento do Departamento de Vigilância, Prevenção e Controle das IST, do HIV/Aids e das Hepatites Virais do Ministério da Saúde: “a terminologia Infecções Sexualmente Transmissíveis (IST) passa a ser adotada em substituição à expressão Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST), porque destaca a possibilidade de uma pessoa ter e transmitir uma infecção, mesmo sem sinais e sintomas” (BRASIL, 2018). Por esse motivo, frente à atualização proposta pelo Ministério da Saúde, este artigo apresenta a sigla IST em substituição à DST.

síveis, seria muito mais eficaz distribuir preservativos entre os encarcerados e não apenas em visitas íntimas, como ocorre frequentemente, efetivando o já citado art. 196 da CR/88.

A criação das alas especiais, como forma de afastar a contaminação por ISTs no meio ambiente carcerário, não passa de uma forma ineficaz de evitar a contaminação dos demais presidiários, uma vez que as infecções sexualmente transmissíveis não estão restritas aos integrantes do grupo LGBT e, em muitos casos, são transmitidas entre os presidiários quando eles aplicam estupros coletivos contra alguém que tenha violado regras internas, tais vítimas não se limitam a gays, transexuais ou travestis, mas se aplicam também à heterossexuais, haja vista o caráter punitivo da medida.

5. Considerações finais

O sistema prisional brasileiro, de um modo geral, está longe de ressocializar os infratores que lhe são encaminhados. É preciso implantar medidas eficientes para evitar o cometimento de abusos comuns no ambiente carcerário. Quando se trata de gays, travestis e transexuais a situação se agrava ainda mais, pois é sabido que em várias penitenciárias são obrigados a incorporar um personagem diferente do que realmente são para evitar abusos sexuais e até mesmo agressões.

Os abusos são cometidos das mais variadas formas, além das limitações típicas do sistema carcerário, os agentes que deveriam garantir direitos aos seres humanos inseridos em tal local não apresentam respostas eficazes para combater a violência praticada por determinados presos contra seus companheiros de cela. Além do mais, é prática comum omitir-se aos apelos dos encarcerados quanto às alegações de estarem sofrendo dores, mal-estar ou outras manifestações corpóreas que indiquem o mau funcionamento do corpo. Assim, o que já é doloroso para o presidiário se agrava ainda mais, uma vez que, para fugirem da situação de abandono em que estão inseridos, cortam seus braços e antebraços para chamar a atenção daqueles que deveriam ter prestado assistência, desde o início.

Em outros casos, o presidiário gay, travesti ou transexual se vê obrigado, por outros carcereiros, a introduzir, em seu próprio corpo, objetos cuja presença na cela trará punições aos ali presentes. Apesar dos casos em que tais atos não ocorram por imposição dos demais presidiários, o integrante do grupo LGBT realiza tal prática com o objetivo de alcançar algo, sejam drogas, respeito, produtos de beleza ou qualquer outro benefício. Tal mercantilização não seria possível caso esses produtos não conseguissem adentrar os muros do presídio, o que só é possível em virtude da ineficácia do sistema penitenciário.

Por outro lado, importante ressaltar que o legislador perdeu grande oportunidade para garantir melhores condições nas alas especiais dos presídios masculinos brasileiros e, assim, diminuir o sofrimento causado aos presidiários, uma vez que poderia ter permitido a entrada e o uso de produtos de beleza, cosméticos e similares inofensivos ao sistema, o que permitiria a manutenção do sentimento de pertencimento do presidiário gay, travesti ou transexual ao grupo que integra. Além do mais, apesar do esforço desempenhado pelo Estado, tais produtos acabam adentrando as penitenciárias. Como o acesso é difícil, a “lei de oferta e procura” se encarrega de aumentar os preços dos produtos, exigindo a submissão dos adquirentes a condições ainda mais graves.

Ao cercear o acesso dos presidiários gays, travestis e transexuais dentro das penitenciárias a produtos de beleza, consequências graves podem ser percebidas. Além dos atentados à saúde, pelo uso constante de substâncias impróprias ao contato com a pele, instaura-se um ambiente de competição, em que aqueles que precisam ter acesso a hormônios para manter a beleza e a aparência afeminada, perdem gradativamente tais características, sofrendo o abandono de seus parceiros que, a partir de então, passam a ter olhos apenas para aquelas que possuam silicone e outras alterações que não exijam manutenções frequentes. Além do mais, tais características despertam, nos agentes penitenciários, sentimentos de desejo sexual, colocando em risco a integridade do gay, travesti ou

transexual, que não poderá negar a prestação de favores sexuais a tal agente, haja vista a condição de superioridade dele.

A criação de alas com o objetivo de proteger gays, travestis e transexuais não é a melhor forma de solucionar o problema existente nos presentes dias. No entanto, trata-se da única medida aplicável que, de imediato, possa apresentar resultados satisfatórios. Melhor seria se, mesmo dentro das penitenciárias, existisse respeito entre os ali presentes. Por sua vez, enquanto esse ideal não se realiza, é preciso ser realista e colocar em prática os mecanismos disponíveis de proteção, para alcançar a dignidade da pessoa humana e a sustentabilidade em todas as suas dimensões.

Não se pode desconsiderar os problemas enfrentados atualmente pelas alas especiais. Faz-se necessário realizar, mesmo que de forma superficial, pesquisas sociais para saber se o que determinado presidiário alega na declaração é verdade. Caso contrário, a administração do presídio continuará permitindo que heterossexuais sejam enviados às alas especiais, haja vista que, atualmente, a simples assinatura de termo afirmando ser gay, travesti ou transexual, e solicitando a alteração de cela, é suficiente. Ao não se promover a alteração do procedimento, as alas especiais serão ocupada por presos jurados de morte e sequer existirão vagas para gays, travestis ou transexuais.

Faz-se necessário derrubar o preconceito social existente, responsável por ligar os integrantes do grupo LGBT às infecções sexualmente transmissíveis. Não se pode admitir que as alas especiais sejam utilizadas para segregar essas pessoas dos demais presidiários, com o objetivo de impedir a proliferação de tais infecções. Atualmente, vários métodos podem ser empregados para que a contaminação por ISTs seja evitada. Desse modo, não há que se falar em afastar determinadas pessoas do convívio de outras, tendo como base um argumento preconceituoso.

É preciso admitir que grandes avanços já ocorreram. Sem embargo, a busca pelo modelo de penitenciária que melhor atenda a sua função social, qual seja, a ressocialização do indivíduo, não pode ser deixada de

lado. Independente de sexo ou orientação sexual, não se pode tolerar o desrespeito atualmente perceptível nas penitenciárias brasileiras, que nos presentes dias se encarregam de realizar o processo inverso, devolvendo à liberdade um sujeito que apresenta características piores do que quando entrou no sistema carcerário, sob pena de total insustentabilidade.

6. Referências

- BOLDRIN, Guilherme Ramos. **Desejo e separação**: monas, gays e envolvidos num presídio em São Paulo. 2017. 218f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) - Universidade Federal de São Carlos, São Carlos. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/9410/DissGRB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 nov. 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 out. 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 nov. 2018.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Departamento de Vigilância. **Prevenção e controle das IST, do HIV/Aids e das hepatites virais**. Brasília: Ministério da Saúde, 2018. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/o-que-sao-ist>. Acesso em: 05 dez. 2018.
- BRASIL. Presidência da República. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. Resolução Conjunta nº 1, de 15 abr. 2014. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 abr. 2014. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx. Acesso em: 19 ago. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527/DF. Relator Min. Roberto Barroso. Decisão monocrática proferida em: 27 jun. 2019. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 01 jul. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496473>. Acesso em: 22 jul. 2019.
- COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antonio Calixto. A sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do direito. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 9-24, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/208>. Acesso em: 18 jul. 2019.

FRÓIS, Frederico de Freitas; VALENTIM, Silvani dos Santos. A ala LGBT em presídios brasileiros: possibilidades ou controvérsias. In: **Anais Eletrônicos...** Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress. Florianópolis, 2017. p. 1-9. Disponível em: http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1500251768_ARQUIVO_FazendoGenero-VersaoNova.pdf. Acesso em: 19 jul. 2019.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. Políticas públicas e os objetivos do desenvolvimento sustentável. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 155-178, ago./dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.25246/direitoe desenvolvimento.v9i2.667>. Acesso em: 18 jul. 2019.

HENRIQUE, Lisiane Aguiar; GOMES, Magno Federici. As dimensões da sustentabilidade na formação do indivíduo e o indivíduo invisível. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 23, nº 01, p. 87-106, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v23i11126>. Acesso em: 19 jul. 2019.

LAMOUNIER, Gabriela Almeida Moreira. **Gêneros encarcerados**: uma análise transviada da política de Alas LGBT no Sistema Prisional de Minas Gerais. 2018. 219f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Psicologia. Disponível em: http://www.academia.edu/36276224/G%C3%AAneros_Encarcerados_uma_an%C3%A1lise_trans.viada_da_pol%C3%ADtica_de_Alas_LGBT_no_Sistema_Prisional_de_Minas_Gerais. Acesso em: 19 jul. 2019.

RAMOS, Beatriz Drague. LGBTs privados de liberdade: um olhar sobre o cárcere. Carta Capital, 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/diversidade/lgbt2019s-privados-de-liberdade-um-olhar-sobre-o-carcere>. Acesso em: 17 ago. 2018.

Proteção e implementação dos direitos das minorias culturais

Ana Maria D'Ávila Lopes¹

1. Introdução

O preconceito contra as minorias culturais continua sendo uma constante das nossas sociedades, apesar da diversidade ser uma das mais valiosas características da humanidade. O receio em relação ao “outro”, ao “diferente”, é muitas vezes derivado do desconhecimento sobre o mesmo, situação provocada, em grande parte, pela hegemonia da cultura europeia, que, ao longo da história, desconsiderou o valor das manifestações culturais dos outros povos, relegando-os a um segundo plano e, inclusive, criando um discurso sobre a incivilidade dos mesmos.

Diante dessa realidade, o presente trabalho objetiva elucidar alguns dos aspectos-chaves em relação ao assunto, recorrendo-se aos ensinamentos de três grandes doutrinadores: Will Kimlicka, Jacob T. Levy e Nancy Fraser. Além da doutrina comparada, a bibliografia nacional também foi pesquisada, bem como a legislação internacional, buscando, dessa forma, subsídios teórico-legislativos para o desenvolvimento de nosso objetivo.

Desse modo, inicia-se o trabalho esclarecendo o conceito de minoria, utilizando-se como base a teoria multiculturalista do canadense Will Kymlicka, que coincide com a concepção adotada pelo direito internacio-

¹ Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq - PQ2.

nal. Seguidamente, a classificação dos direitos culturais proposta por Jacob T. Levy é brevemente exposta, buscando-se evidenciar os contornos, alcances e limites dos principais direitos invocados pelas minorias. Finalmente, a necessidade da implementação de políticas públicas de redistribuição da riqueza e de reconhecimento, nos termos propostos por Nancy Fraser, para a garantia da efetividade dos direitos das minorias é apresentada, objetivando demonstrar que a justiça social no âmbito de um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, só poderá ser alcançada quando os direitos de todos seus membros sejam reconhecidos e protegidos.

2 Definindo as minorias

Remillard (1986, p. 14) ensina que a história moderna da proteção internacional dos direitos das minorias teve sua origem no Tratado de Westphalia de 1648, no qual expressamente se declarou o princípio da igualdade entre católicos e protestantes.

Nos anos seguintes, outros tratados visando proteger a liberdade religiosa foram surgindo, entretanto, impende assinalar que, em todos esses casos, o principal objetivo dos documentos era a celebração da paz e não a proteção direta de uma determinada minoria (LOPES, 2006).

Talvez o primeiro momento em que se discutiu especificamente a proteção das minorias foi a Conferência da Paz (Paris 1919). Cabe à Sociedade das Nações o mérito de ter sido a primeira organização internacional em declarar expressamente a necessidade de proteger os grupos minoritários.

A whole new era in the recognition of national minorities came, however, at Paris in 1919 where the various peace treaties established a system to protect minorities in Central and Eastern Europe; more significantly, this was more than a simply an ad hoc system; for the first time a genuinely international organization - the League of Nations, assumed the role of overseeing the implementation of these treaties. Again, in this period, the issue of language rights was situated within the broader context of nationality rights; in other

words, language was a component of a broader set of issues involving autonomy, representation and recognition of sub-state national groups within the multinational state. Although not always articulated as such, this period marked a watershed in that for the first time there was a serious attempt by international institutions and law to recognize that many states were not uninational in composition and that rival nation-building process within the state had created a set of fully functioning sub-state national societies (TIERNEY, 2006, p. 15-16).

Contudo, o grande salto foi dado apenas em 1966 com o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (ONU, 1966), em cujo art. 27 estabeleceu-se a proteção dos membros das minorias étnicas, religiosas e linguísticas. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (ONU, 1948) não continha nenhuma menção expressa sobre esse tipo de direitos, embora reconhecesse o direito de toda pessoa de participar da cultura da sua comunidade (art. 27), conforme explicitado no seguinte tópico.

A demora na regulação de tão essenciais direitos pode atribuir-se à dificuldade de definir o termo *minoría*. Capotorti (1991), Relator Especial da Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias da Organização das Nações Unidas (ONU), assinala dois tipos de critérios para definir as minorias:

a) critérios objetivos:

- existência, no interior da população de um Estado, de um grupo de pessoas com características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes ou distintas do resto da população;
- diferença numérica do grupo minoritário em relação ao resto da população;
- posição não dominante desse grupo minoritário.

b) critério subjetivo:

- o desejo das minorias de preservarem os elementos particulares que os caracterizam, ou seja, a vontade comum de todo o grupo de conservar seus rasgos distintivos.

Em função desses critérios, Capotorti (1991, p. 98) define as minorias como:

a group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members – being nationals of the state – possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, maintain a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language.

No entanto, devemos chamar a atenção para o fato de que certas minorias são maiorias numéricas, como sucedia na África do Sul no tempo do *apartheid*, em relação à população negra. Desse modo, o critério numérico não deve ser considerado como determinante para a delimitação do conceito de minoria (WUCHER, 2000, p. 46).

De qualquer forma, o conceito de minoria utilizado pelo direito internacional e por alguns dos principais teóricos do Multiculturalismo, como Will Kymlicka (1996), tem sido aquele associado à noção de nação ou povo, limitando-se a considerar minorias apenas às de caráter cultural, ou seja, as étnicas, religiosas ou linguísticas.

Por mi parte empleo los términos cultura (y multicultural) en un sentido muy diferente. Me centraré en el tipo de “multiculturalismo” derivado de las diferencias nacionales y étnicas. Como dije antes, utilizo “cultura” como sinónimo de “nación” o “pueblo”, es decir como una comunidad intergeneracional, más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o patria determinada y comparte un lenguaje y una historia específicas [...] No incluyo aquí el tipo de estilo de vidas de grupos, movimientos sociales y asociaciones voluntarias que otros engloban dentro del ámbito de multiculturalismo (KYMLICKA, 1996, p. 36).

Todavía, Kymlicka esclarece que a exclusão dos outros tipos de grupos (mulheres, gays, lésbicas, etc.) no seu conceito de minoria não deve ser interpretado como o desconhecimento da sua existência ou relevância das suas reivindicações, nem a obrigação do Estado de protegê-las, mas apenas ao fato de se tratarem de reivindicações de outra natureza.

Essa exclusão, entretanto tem sido criticada por autores como Semprini (1999) que, além de questionar a restrição do termo minorias para apenas as étnicas, religiosas ou linguísticas, tem assinalado a importância

de considerar como elemento essencial da definição outras características passíveis de serem incluídas em razão da amplitude do conceito de cultura e da realidade de cada sociedade. Desse modo, para o autor italiano, todo grupo humano, cujos membros tenham seus direitos limitados ou negados apenas pelo fato de pertencerem a esse grupo, deve ser considerado minoritário, incluindo-se, portanto, às mulheres, crianças, idosos, pessoas com deficiências, dentre outros.

No presente trabalho, ir-se-á acompanhar o pensamento de Kymlicka, haja vista coincidir com a posição adotada pelo direito internacional (p. ex. Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966). Desse modo, reservar-se-á a expressão minorias apenas para os grupos étnicos, religiosos ou linguísticos, utilizando-se a expressão “pessoas em situação de vulnerabilidade” para fazer referência aos outros grupos².

Essa controvérsia doutrinária em relação ao conceito de minorias evidencia o estágio embrionário do tema, que se expande também aos direitos especiais a serem atribuídos aos membros desses grupos. Dentre as contribuições teóricas destinadas a preencher esse último vazio, destaca-se a de Jacob T. Levy (1997) apresentada no seguinte tópico.

3 As diferentes reivindicações jurídicas das minorias culturais

Desde seu surgimento, no início do século XX até os anos 80, os direitos culturais foram os direitos humanos que menos atenção receberam dos teóricos. Donnelly (1989, p. 54) atribui a responsabilidade dessa deficiência à forte carga ideológica presente nos esforços empen-

² Minorias e pessoas em situação de vulnerabilidade não devem ser confundidas pois, apesar de ambas sofrerem de preconceito e discriminação, há outros aspectos que as diferenciam. Assim, além das minorias serem grupos com características culturais próprias (sendo entendida a cultura aqui como nação), há uma certa voluntariedade (expressa ou tácita) dos seus membros de serem parte do grupo. Essa característica não está presente no caso das pessoas em situação de vulnerabilidade, cujo pertencimento ao grupo independe da sua vontade (mulheres, crianças, idosos, homossexuais, pessoas com deficiência, etc.). Observe-se que, com essa distinção, estariam excluídos do conceito de pessoas em situação de vulnerabilidade os trabalhadores, consumidores ou presos, que, embora possam eventualmente se encontrar em uma determinada situação de vulnerabilidade e, portanto, receberem uma atenção legislativa especial, não se enquadrariam como destinatários de ações afirmativas, haja vista sua situação de vulnerabilidade não ser decorrente de preconceitos historicamente construídos e, portanto, não serem passíveis de políticas transitórias de enfrentamento.

ditos por definir o termo *cultura*. Deve-se lembrar que a ideologia dominante à época considerava a cultura europeia como a superior, menosprezando e, inclusive, ignorando as outras.

Essa situação começou a mudar, ainda que de forma muito tímida, com os processos de internacionalização e universalização dos direitos humanos, iniciados após a Segunda Guerra Mundial. Assim, no art. 27.1 da “Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948” é possível já encontrar uma norma protegendo o direito de todo ser humano de “[...] participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios” (ONU, 1948).

Será, entretanto, apenas em 1966 que no art. 27 do “Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos” reconhecer-se-á de forma mais contundente o direito dos membros das minorias étnicas, religiosas e linguísticas a ter sua própria vida cultural.

Art. 27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua (ONU, 1966).

Esses avanços alcançarão maior força nos anos 80 graças aos movimentos pelos direitos das minorias e os estudos no campo do Multiculturalismo - impulsionados pelo processo de globalização - demonstrando não ser mais possível aceitar a hierarquização de culturas nem a imposição de modelos socioculturais (LOPES, 2012).

Produto desse novo entendimento foi a aprovação da “Declaração sobre os Direitos de Pessoas pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas ou Linguísticas”, pela Assembleia Geral da ONU, em 18 de dezembro de 1992, sob inspiração do art. 27 do PDCP. Dentre suas principais normas destaca-se o art. 1º, no qual se estabelece a obrigação dos Estados de proteger a identidade nacional ou étnica, cultural, religiosa e linguística das minorias dentro de seus territórios. No art. 2.1, assegura-se o direito das minorias de desfrutar de suas culturas, de estabelecer e

manter associações e de participar efetivamente das decisões nacionais que possam lhes afetar.

Anos depois, foram aprovadas, nas 31^a e 33^a sessões gerais da UNESCO, em 2001 e 2005 respectivamente, a “Declaração Universal sobre Diversidade Cultural” e a “Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais”. No primeiro documento encontramos a definição de cultura:

A cultura é um conjunto de traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social. A cultura engloba, além das artes e das letras, o modo de viver junto, o sistema de valores, as tradições e crenças (UNESCO, 2001).

Já no segundo, a dignidade é alçada a princípio orientador da proteção e promoção das expressões culturais:

Art. 2º Princípios orientadores

(...)

3. Princípio da igual dignidade e do respeito de todas as culturas

A proteção e a promoção da diversidade das expressões culturais implicam o reconhecimento da igual dignidade e do respeito de todas as culturas, incluindo as das pessoas pertencentes a minorias e as dos povos autóctones (UNESCO, 2005).

Não obstante esses avanços no campo dos direitos culturais, a guerra contra o terrorismo e as ameaças de grupos religiosos extremistas, após o atentado de 11 de setembro de 2001, mostraram a necessidade de regular as práticas culturais de alguns grupos minoritários (MCGOLDRICK, 2005, p. 212).

Com a finalidade de contribuir com esse debate, a classificação das reivindicações das minorias culturais juridicamente garantidas de Jacob T. Levy (1997), proposta em 1997, passou a ser constantemente invocada em virtude da sua precisão:

- 1) Exceções às leis que penalizam ou dificultam uma prática cultural: trata-se de exceções que se fundamentam no reconhecimento do direito à diferença e na ne-

- cessidade de conferir um tratamento especial às minorias (p. ex. o consumo de vinho por católicos e judeus durante a proibição do uso de álcool nos Estados Unidos). Apesar de serem os tipos de reivindicação mais frequentes, deve-se observar que nem todos possuem caráter religioso (p. ex. o direito dos indígenas de poderem pescar no período de defeso). Por outro lado, quando a lei regula uma prática cultural específica (p. ex. a proibição de uso do véu em locais públicos na França) pode ser difícil de estabelecer uma exceção. De qualquer forma, toda exceção à lei deve estar fundamentada e deve considerar as circunstâncias do caso concreto, evitando possíveis distorções. Assim, não se poderia equiparar o pedido dos pais para seus filhos não frequentem a escola com o pedido de um motociclista a não usar o capacete em razão de ter que usar um turbante (como no caso dos membros da minoria Sij);
- 2) Assistência para as atividades que a maioria pode fazer sem necessidade de ajuda: mais do que separar, o objetivo desta reivindicação é integrar a minoria à sociedade (p. ex. disponibilização de cédula de votação em outra língua). Este tipo de reivindicação adquire contornos polêmicos quando envolve a concessão de subsídios econômicos apenas para um grupo minoritário (p. ex. as isenções ou deduções tributárias a templos religiosos), na medida em que esse ato costuma ser interpretado como um tratamento privilegiado em relação ao resto da sociedade. São ainda mais polêmicas as reivindicações consideradas contrárias ao mérito e ao direito à igualdade (p. ex. as cotas para o ingresso às universidades). Contra esses questionamentos, invoca-se a necessidade social de se adotar o conceito de justiça material no lugar de justiça formal (cega às diferenças reais);
 - 3) Autodeterminação para as minorias étnicas, culturais e nacionais: constitui, em razão de sua repercussão geopolítica, a reivindicação mais visível e difundida, cujo fundamento é o direito que todo grupo possui de não ser regulado por alguém que não seja membro. É um direito que pode ser reivindicado apenas por algumas minorias, na medida em que pressupõe a existência de um território próprio. Iris Young (2004) sugere substituir o termo autodeterminação por autogoverno, já que o primeiro implica um poder político soberano, sendo que a grande maioria das minorias culturais não busca se separar do Estado do qual faz parte, mas apenas objetiva exercer competências legislativas, administrativas e jurisdicionais em concordância com seus valores culturais;
 - 4) Regras externas para não-membros: é a reivindicação que objetiva proteger as minorias perante terceiros (p. ex. a proibição do uso de placas comerciais em inglês na cidade canadense de Quebec com a finalidade de proteger o idioma francês), sem a necessidade de se tornarem Estados independentes. A imposição de restrições à liberdade de não-membros fundamenta-se no poder soberano que todo Estado possui de regular a convivência dos seus membros;

- 5) Regras internas para os membros: esta reivindicação funda-se na prerrogativa que todo grupo tem de elaborar suas próprias regras, as quais, apesar de não serem jurídicas, possuem caráter obrigatório para seus membros (p. ex. só homens podem ser padres na Igreja Católica). Alguns autores (Kymlicka, 1996) entendem que toda imposição interna é ilegítima, enquanto que outros (Kukathas, 1995) defendem esse direito com base na liberdade de associação;
- 6) Representação das minorias nos espaços públicos de poder do Estado: a natureza desta reivindicação é diferente de uma ação afirmativa, pois, neste caso, o direito encontra-se fundamentado no princípio democrático e não no direito à igualdade. O reconhecimento deste direito provoca uma série de questionamentos práticos ainda sem respostas satisfatórias. Assim, os eleitos têm a obrigação de representar os interesses do grupo que os elegeu? Quem pode votar neles? Como garantir a efetiva participação dos eleitos se no Parlamento continuarão sendo minoria?;
- 7) Direitos de valorização da minoria: esta reivindicação objetiva fortalecer a identidade da minoria por meio do reconhecimento social de seus símbolos próprios (p. ex. a bandeira, o hino etc.);
- 8) Reconhecimento pelo Estado da obrigatoriedade das regras internas da minoria: o reconhecimento desta reivindicação deflagra a coexistência de diversas ordens normativas no interior de um mesmo Estado, cujos conflitos podem ser resolvidos aplicando as regras utilizadas nos Estados federais para resolver esse tipo de situação. Outro aspecto polêmico desse direito é quando a decisão do grupo restringe ou viola os direitos individuais de algum dos seus membros, especialmente em matéria de direito de família (p. ex. os casamentos arranjados), de direito penal (p. ex. o castigo usando chibatadas) e de direito indígena (p. ex. o uso comunitário da terra), questionando-se até que ponto um Estado deve aceitar como obrigatórias as práticas culturais que ferem os direitos individuais dos membros de uma minoria.

A classificação de direitos culturais elaborada por Levy constitui, sem dúvida, uma clara mostra da complexidade da temática e, mais ainda, de que o ordenamento jurídico e as instituições públicas não pertencem apenas à maioria, nem devem servir para privar as minorias de suas próprias práticas culturais (RAZ, 1994, p. 159).

Miguel Carbonell (2004) afirma que uma coisa é que o Estado, suas regras e instituições não sejam neutras e outra muito diferente é que o próprio Estado seja administrado como se pertencesse a um único grupo. É essa, justamente, a diferença entre um Estado democrático e um Estado totalitário.

De qualquer forma, não há como negar que os direitos culturais das minorias, assim como qualquer outro tipo de direito, não são absolutos, mas estão sujeitos a limites, sobretudo quando as reivindicações do grupo são suscetíveis de restringir ou violar os direitos individuais de seus membros.

Justamente por esse motivo é que o Estado deve não apenas prever legislativamente (e jurisprudencialmente) os direitos das minorias, mas deve também implementar políticas públicas capazes de conferir efetividade a esses direitos, de forma a garantir, simultaneamente, a convivência pacífica entre todos seus membros. Estas políticas públicas devem também assegurar a justiça social, conforme exposto nas próximas linhas por Nancy Fraser.

4. Políticas de redistribuição e reconhecimento para a implementação dos direitos das minorias culturais

Nancy Fraser (2010) ensina que as atuais reivindicações de justiça social não devem limitar-se apenas a políticas de redistribuição da riqueza, mas devem também incluir políticas de reconhecimento das minorias. Esse novo tipo de reivindicação tem deflagrado a necessidade de repensar a justiça social para além dos contornos estritamente econômicos, de forma a incluir conteúdos relativos à identidade das pessoas, especialmente hoje em que a diversidade cultural tem passado a ser finalmente valorizada.

De qualquer forma, tanto as políticas da redistribuição da riqueza, como as de reconhecimento das diferentes identidades, devem ser implementadas de forma coordenada, evitando-se sua dissociação ou polarização.

Alguns proponentes da redistribuição rejeitam completamente a política de reconhecimento, considerando as demandas pelo reconhecimento da diferença como uma “falsa consciência”, um obstáculo à busca da justiça social [...]. Nesses casos, estamos diante daquilo que é

apresentado como uma escolha disjuntiva: ¿redistribuição ou reconhecimento? ¿Política de classe ou política de identidade? ¿Multiculturalismo ou democracia social? (FRASER, 2010, p. 168).

Para Fraser, a polarização dos dois tipos de política deve ser rejeitada, visto que de forma independente, não são suficientes. Nesse sentido, propõe uma concepção bidimensional da justiça social, de modo a coordenar as reivindicações de igualdade social e de reconhecimento da diferença.

Trata-se de uma tarefa complexa, especialmente porque as bases filosóficas das duas políticas são diferentes. Assim, as políticas de redistribuição tiveram sua origem na tradição liberal, enriquecida pelas teorias da justiça redistributiva de John Rawls e Ronald Dworkin. Diferentemente, as políticas de reconhecimento fundamentam-se na filosofia hegeliana e na fenomenologia da consciência, que defendem a construção intersubjetiva do sujeito.

A complexidade amplia-se quando se observa que, no plano político, a redistribuição tem sido associada a reivindicações socioeconômicas, enquanto o reconhecimento tem sido vinculado a demandas de identidade de gênero, de etnia, racial ou de nacionalidade.

Essa dissociação não faz mais do que obscurecer a importância das distintas reivindicações de reconhecimento realizadas no marco da lutas de classes, ou as diversas exigências de redistribuição da riqueza realizadas pelas minorias. Essas experiências têm evidenciado não apenas a possibilidade da vinculação dos dois tipo de políticas públicas, mas a necessidade de que assim sejam formuladas como forma de garantir uma justiça social integral e real.

A política de redistribuição, como a compreendo, engloba não só a orientações centradas em classes sociais, como o liberalismo do New Deal, a social democracia ou o socialismo, mas aquelas formas de feminismo e antirracismo que vislumbram as reformas sócio-econômicas como o remédio para as injustiças gênero e étnico-raciais. Portanto, é mais ampla do que política de classe no sentido convencional. A política de reconhecimento, em contraste, engloba movimentos visando a revalorizar identidades injusta-

mente depreciadas, por exemplo, o feminismo cultural, o nacionalismo cultural negro e a política de identidade homossexual, mas também tendências desconstrutivas, como a *queer politics*, a política “racial” crítica e o feminismo desconstrutivista, que rejeitam o “essencialismo” da política da identidade tradicional. Assim, é mais ampla que a política da identidade no sentido convencional (FRASER, 2010, p. 169).

Desse modo, em lugar de analisar as reivindicações de redistribuição e reconhecimento a partir da sua tradicional polarização, Fraser busca tratá-las como expressões de justiça social, ou seja, como paradigmas populares.

Nessa linha de pensamento, a autora americana (2010, p. 169-171) identifica quatro diferenças entre os paradigmas populares de redistribuição e os de reconhecimento:

- a) Concepções diferentes de injustiça: o paradigma da redistribuição se centra em injustiças de caráter socioeconômico (exploração, marginalização e privação econômicas), enquanto o paradigma de redistribuição tem seu cerne nas injustiças culturais, enraizadas em padrões sociais de representação (dominação cultural), interpretação (não reconhecimento, invisibilidade) e comunicação (representações culturais públicas estereotipadas);
- b) Diferentes soluções para a injustiça: para o paradigma da redistribuição, a solução da injustiça é a redistribuição da riqueza (reorganização da divisão do trabalho e reestruturação da propriedade), enquanto que para o paradigma do reconhecimento, a solução é a mudança cultural e simbólica da sociedade (reavaliação ascendente das identidades não respeitadas e valorização positiva das diferenças). Nesta última visão, são incluídas as interseções das diferenças econômicas, étnicas, raciais e de gênero, haja vista potencializar a exclusão;
- c) Concepções diferentes das coletividades que sofrem as injustiças: para o paradigma da redistribuição, os sujeitos da injustiça praticamente coincidem com os do paradigma de classe proposto por Marx (trabalhadores explorados), podendo, entretanto, abarcar os grupos *racializados* (*racialized*) de imigrantes ou minorias étnicas. Diferentemente, para o paradigma do reconhecimento, os sujeitos da injustiça se parecem mais aos grupos sociais propostos por Weber, isto é, grupos de pessoas com status mais baixo devido a gozar de menor respeito, estima ou prestígio na sociedade, a exemplo dos homossexuais, que sofrem dos estigmas institucionalizados;

- d) Ideias diferentes em relação aos dois grupos: para o paradigma da redistribuição, as diferenças são injustas devendo, portanto, serem abolidas. Para o paradigma do reconhecimento, não todas as diferenças são injustas. As diferenças identitárias que não derivam em hierarquizações e exclusões devem ser mantidas e valorizadas positivamente, enquanto que as diferenças que discriminam devem ser desconstruídas e combatidas.

Frente a esse esquema, qual deve ser a forma de tratar as diferenças? Para a maioria dos autores, trata-se de uma disjuntiva que se resume a aceitá-las ou rejeitá-las. Para Fraser, essa antítese é falsa.

Em primeiro lugar, as diferenças entre os dois paradigmas não são dicotômicas. Os proletariados, por exemplo, também sofrem de injustiças culturais, assim como os homossexuais sofrem de injustiças econômicas. Em alguns casos, as políticas de redistribuição serão suficientes para combater as desigualdades econômicas, enquanto que as políticas de reconhecimento solucionarão o problema das desigualdades identitárias. Contudo, em outros casos, serão necessárias políticas bidimensionais, a exemplo da discriminação de gênero. Fraser afirma que o gênero é uma diferença social bidimensional, “o gênero, eu acredito, é uma coletividade bivalente. Nem simplesmente uma classe, nem simplesmente um grupo de status, o gênero é uma categoria híbrida pautada simultaneamente na política econômica e na cultura” (2010, p. 174).

Além desse exemplo, poder-se-ia acrescentar o caso das minorias culturais, que não apenas têm sua identidade desrespeitada, mas que, como consequência disso, o seu acesso aos meios necessários para seu sustento econômico é diretamente afetada, provocando a necessidade de políticas tanto de reconhecimento como de redistribuição, como forma de superar a injustiça social sofrida.

5. Considerações finais

Nos últimos anos, os avanços em prol do reconhecimento e proteção dos direitos das minorias étnicas, religiosas e linguísticas, tanto no âmbito interno como no internacional, têm sido notáveis. Contudo, ainda há

muitos aspectos em torno da temática que precisam de maiores estudos, a começar pelo próprio conceito de minorias, bem como em relação aos tipos de direitos a serem juridicamente reconhecidos a esses grupos.

No que se refere ao primeiro aspecto, no presente trabalho decidiu-se acompanhar a definição de minoria utilizada pelo direito internacional e por autores como Will Kymlicka, considerado por muitos como o principal representante do Multiculturalismo, que associa o termo *minoria* à noção de nação o povo, excluindo, portanto, outros grupos, a exemplo de mulheres, crianças, homossexuais, etc. sem desconsiderar a legitimidade da sua existência ou reivindicações nem a obrigação do Estado de protegê-las.

Em relação ao segundo ponto controverso, os direitos a serem juridicamente garantidos às minorias culturais devem ser aqueles que não apenas permitam a existência desses grupos em condições equiparáveis à maioria, mas que garantam também a convivência pacífica entre os mesmos. Nesse sentido, a partir dos ensinamentos de Jacob T. Levy, apresentaram-se os diferentes tipos de direitos que comumente são invocados pelas minorias.

Finalmente, com o objetivo de conferir efetividade a esses direitos, a proposta de Nancy Fraser de dois tipos de políticas públicas (de redistribuição da riqueza e de reconhecimento) para alcançar a justiça social foi exposta, com o objetivo de demonstrar que as minorias culturais, ao igual do que as mulheres, enquadram-se nas políticas públicas bidimensionais, na medida em que a situação de desvantagem na qual se encontram na sociedade só poderá ser superada por meio de políticas que assegurem, por um lado, seu acesso a meios de subsistência (redistribuição da riqueza) e, por outro lado, o respeito da sua identidade cultural pela sociedade (reconhecimento).

Em pleno século XXI, ainda há muito por fazer na busca pela efetividade de muitos direitos humanos, a exemplo dos direitos das minorias culturais. O preconceito contra “o diferente” continua fortemente arraigado na sociedade, sendo, portanto, necessária a urgente adoção de

políticas públicas destinadas a contribuir para a reversão desse quadro, que contraria frontalmente os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito brasileiro, especialmente, em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

6. Referências

CAPOTORTI, Francesco. Francesco Capotorti. **Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities**. New York: United Nations, 1991.

CARBONELL, Miguel. Constitucionalismo y multiculturalismo. **Derecho y Cultura**. n. 13, ene-abr 2004, p. 21-80. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-cultura/article/view/7430/6696> Acesso em: 18 dez. 2018.

DONNELLY, Jack. Human rights, individual rights and collective rights. In: BERTING, Jan et al. (ed.) **Human Rights in a Pluralist World**. Individuals and Collectivities. London: Westport, 1989, p. 39-62.

FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção integrada da Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 167-189.

KUKATHAS, Chandran. Are any cultural rights? In: KYMLICKA, Will. **The rights of minority cultures**. New York: Oxford University Press, 1995, p. 228-256.

KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996.

LEVY, Jacob. Classifying cultural rights. In: SHAPIRO, Ian. KYMLICKA, Will. **Ethnicity and group rights**. New York: New York University Press, 1997, p. 22-66.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Da coexistência à convivência com o outro: entre o multiculturalismo e a interculturalidade. **REMHU** (Brasília), v. 20, p. 67-81, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/remhu/v20n38/ao5v20n38.pdf> Acesso em: 18 dez. 2018.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A Cidadania na Constituição Federal Brasileira de 1988: redefinindo a participação política. In: Paulo Bonavides; Francisco Gérson Lima de Marques; Fayga Silveira Bedê. (Org.). **Constituição e Cidadania - Estudos em Homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006, v. 1, p. 21-34.

MCGOLDRICK, Dominic. Multiculturalism and its discontents. In: GHANEA, Nazila. SANTHAKI, Alexandra. **Minorities, peoples and self-determination**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2005, p. 211-235.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre os Direitos de Pessoas pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas ou Linguísticas**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1992%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20Pertencentes%20a%20Minorias%20Nacionais%20ou%20%C3%A9tnicas,%20Religiosas%20e%20Lingu%C3%ADsticas.pdf>
Acesso em: 18 dez. 2018.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm Acesso em: 18 dez. 2018.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> Acesso em: 18 dez. 2018.

RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain**. Essays in the morality of law of politics. Oxford: Clarendon Press, 1994.

REMILLARD, Gil. Les droits des minorités. In: **Atas da II Conferência Internacional de Direito Constitucional**. Quebec, 5 – 8 de março de 1986.

SEMPRINI, Andréa. **Multiculturalismo**. Bauru: EDUSC, 1999.

TIERNEY, Stephen. Reflections on the evolution of language rights. In: BRÄEN, André (ed.). **Language, constitutionalism and minorities**. Ottawa: LexisNexis, 2006, p. 3-27.

UNESCO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. **Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais 2005**. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150224por.pdf> Acesso em: 18 dez. 2018.

UNESCO - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. **Declaração Universal sobre a diversidade cultural 2001**. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2018.

WUCHER, Gabi. *Minorias. Proteção Internacional em prol da democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

YOUNG, Iris Marion. Two concepts of self-determination. In: MAY, Stephen. MODOOD, Tariq. SQUIRES, Judith. *Ethnicity, nationalism and minority rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 176-195.

As restrições insustentáveis para doação de sangue de homens que fazem sexo com outros homens ¹

João Vinícius dos Santos ²

Magno Federici Gomes ³

1. Introdução

No dia 05/02/2016, o Ministério da Saúde através de suas atribuições concedidas pela atual Constituição da República de 1988 (CR/1988), publicou no Diário Oficial da União a Portaria nº 158/2016, revogando a antiga Portaria nº 2712/2013 que regulamentava os procedimentos hemoterápicos em todo território nacional. A atual Portaria visava atender melhor a demanda de sangue no Brasil, tendo sofrido atualizações devido as novas tecnologias agora existentes, estando mais compatível com a atual realidade social brasileira.

¹ Trabalho financiado pelo Projeto FAPEMIG nº 22869, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), NEGESP, Metamorfose Jurídica e CEDIS (FCT-PT).

² Graduado em Direito e Administração pela PUC Minas. Assessor na Subsecretaria de Direito e Cidadania da Prefeitura de Belo Horizonte. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2963739623094861>>. E-mail: jvsantoss@live.com

³ Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. ORCID: <<http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>>. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>>. E-mail: federici@pucminas.br

Dessa forma, a Portaria nº 158/2016, em seu art. 2º, § 3º, traz expressa a proibição de qualquer tipo de manifestação de juízo de valor, preconceito e discriminação por orientação sexual, identidade de gênero, hábitos de vida. Tal artigo representava um grande passo para o grupo de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Transgêneros, Queers e Intersexos (LGBTQI), que pensou, por um breve momento, estar sendo contemplado por um direito que nada mais é do que o exercício de sua cidadania. Contudo, tal sentimento não permaneceu intocável por muito tempo. Ao se aprofundar mais na citada norma, pode-se perceber uma questão contraditória com o artigo acima mencionado. Em seu art. 64, inciso IV, a Portaria nº 158/2016 proíbe expressamente a doação de sangue por homens que tiverem relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes por um período de 12 meses. Cumpre ressaltar, aqui, que a mesma vedação consta também na Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), em seu art. 25, inciso XXX.

Ao se analisar tal proibição para doação de sangue desses homens, através de conceitos e parâmetros tão retrógrados aponta-se a seguinte problemática: é possível a restrição de doação de sangue baseada apenas pela orientação sexual do possível doador?

Face ao exposto, o motivo desta pesquisa se baseia na afronta que os atos normativos administrativos supramencionados representam para os princípios constitucionais, em especial o princípio da igualdade, da proporcionalidade e da sustentabilidade. Ao proibir a doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens, o Estado está trabalhando com um conceito há muito superado pela comunidade acadêmica e médica que seria o conceito de “grupo de risco”. Tal conceito tem origem na década de 80 quando uma grande epidemia assolou a comunidade gay em geral, chegando a ser conhecido como “câncer gay”. Tal fenômeno, hoje tratado como Vírus da Imunodeficiência Humana/Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, popularmente conhecido como HIV/AIDS,

não é mais uma questão apenas da comunidade LGBTIQ, mas de toda a sociedade mundial. Dessa maneira, associar apenas um grupo social a tal enfermidade pode ser discriminatória e estigmatizante, o que merece análise neste estudo.

O presente trabalho propõe-se a analisar a restrição de doação de sangue imposta aos homens que fazem sexo com outros homens, sob a ótica dos princípios e fundamentos constitucionais, tendo como hipótese sua inconstitucionalidade e sua ilegalidade.

Tal pesquisa se desenvolve através da utilização do método teórico documental, com técnica hipotética dedutiva, tratando-se de uma pesquisa qualitativa, com formulação de hipóteses, descobrindo consequências e provando implicações. O trabalho foi dividido em 3 seções sendo elas a análise dos princípios constitucionais aplicáveis ao caso; análise da legislação homoterapica vigente no Brasil; relato das prováveis inconstitucionalidades. Ademais, suas fontes utilizadas foram os livros e artigos de doutrina, bem como análise das normas e jurisprudência nacional, cujo marco teórico foi a obra de Barroso (2012).

2. Os princípios constitucionais e a (in) constitucionalidade das normas em estudo

Neste trabalho far-se-á uma análise tanto da Portaria nº 158/2016, do Ministério da Saúde, como da RDC nº 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Sendo estas normas infraconstitucionais, dotadas de autonomia jurídica, generalidade, impessoalidade e abstração, devem estar em conformidade com os princípios constitucionais que conduziram sua elaboração. Por essa razão, tais normas estão sujeitas ao controle de constitucionalidade uma vez que venham a ferir os princípios elencados na CR/1988.

Compreende-se por “inconstitucionalidade a desconformidade de um ato normativo do poder político referente a constituição” (CARVALHO, 2015a, p. 425). Em outras palavras, é o confronto entre um

ato normativo com a Constituição e seus princípios, cuja aplicabilidade da norma, em detrimento dos preceitos constitucionais, faz com que a inconstitucionalidade se manifeste. No que tange à orientação sexual, isto é, orientações diferentes do modelo hétero, muito se discute sobre a liberdade sexual do indivíduo e seu respaldo constitucional. “No direito positivo brasileiro, inexistente regra específica sobre a matéria. A Constituição de 1988, que procurou organizar uma sociedade sem preconceito e sem discriminação, fundada na igualdade de todos, não contém norma expressa acerca da liberdade de orientação sexual”. (BARROSO, 2007, p. 2).

Contudo, o autor apresenta também que: “[...] ainda quando não fosse uma imposição do texto constitucional, a equiparação de regimes jurídicos decorreria de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve-se integrar a ordem jurídica mediante o emprego de analogia” (BARROSO, 2007, p. 2). Desta forma, pode-se afirmar que cabe ao intérprete das normas constitucionais o papel de apreciar os direitos contidos na norma legislativa sem que estes estejam evidenciados de forma concreta. Assim, tendo a Constituição o papel mais elevado dentro do ordenamento jurídico de um Estado, torna-se evidente sua supremacia adotada pelo modelo constitucional contemporâneo.

Neste sentido, como consequência da supremacia constitucional, ao se afirmar que determinada lei ou ato normativo está em desconformidade com a constituição, serão acionados mecanismos destinados a paralisar ou até mesmo invalidar a eficácia destes. Este mecanismo é tido como controle de constitucionalidade. E como afirma Barroso (2012):

No Brasil, esse controle é desempenhado por meio de dois ritos diversos:

- a) A via incidental, pela qual a inconstitucionalidade de uma norma pode ser suscitada em qualquer processo judicial, perante qualquer juízo ou tribunal, cabendo ao órgão judicial deixar de aplicar a norma indigitada ao caso concreto, se considerar fundada a arguição;
- b) A via principal, pela qual algumas pessoas, órgãos ou entidades, constantes do art. 103 da Constituição Federal, podem propor uma ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, na qual se discutirá a constituio-

validade ou inconstitucionalidade, em tese, de determinada lei ou ato normativo (BARROSO, 2012, p. 323).

Nesta vertente, pode-se apontar a Portaria nº 158/2016 como sendo ato normativo originário do Poder Executivo. Tal norma contém ordens e instruções acerca da regulamentação dos procedimentos hemoterápicos no Brasil, assim como recomendações de caráter geral e execução de serviços. No entanto, a citada Portaria traz em seu corpo atos passíveis de serem apreciados pelo controle de constitucionalidade. O Judiciário deve atuar efetivamente buscando a preservação dos direitos fundamentais e toda a sociedade, principalmente dos que se encontram desamparados e, nos casos pontuais, de minorias isoladas.

Importante destacar que existe a presunção sobre a constitucionalidade das leis e atos normativos, uma vez que estes ao entrarem em vigor, subpõem-se que estejam em conformidade com a Constituição. Neste sentido, Barroso (2012) dispõe:

As leis e atos normativos, como os atos do Poder Público em geral, desfrutam de presunção de validade. Isso porque, idealmente, sua atuação se funda na legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos, no dever de promoção do interesse público e no respeito aos princípios constitucionais, inclusive e sobretudo os que regem a Administração Pública (art. 37). Trata-se, naturalmente, de presunção *iuris tantum*, que admite prova em contrário. O ônus de tal demonstração, no entanto, recai sobre quem alega a invalidade ou, no caso, a inconstitucionalidade (BARROSO, 2012, p. 324).

Assim, a interpretação conforme a Constituição compreende para muito além do que está expresso na lei. Esta interpretação traz em si o manuseio de diferentes fatores, tanto sociais quanto jurídicos, destinando-se a preservação e validade das normas, assim como a suspeita de inconstitucionalidade.

Isto posto, busca-se analisar neste trabalho a restrição para doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens, compreendida pela Portaria nº 158/2016. Tal análise traz em seu escopo uma abordagem neoconstitucional como a apresentada por Barroso, na qual a

norma deve ser estudada a fundo, para muito além de uma leitura superficial, preservando assim a validade da norma caso essa não apresente cunho inconstitucional.

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A CR/1988, em seu art. 1º, inciso III, expressou que o Estado democrático de direito tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Assim, como afirma Carvalho (2015a):

A Constituição declara, no Título I, denominado de “Princípios Fundamentais”, ser a República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, que se funda na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do Trabalho e da livre iniciativa, e no pluralismo político (CARVALHO, 2015a, p. 683).

Desta maneira, o ordenamento jurídico brasileiro elevou a dignidade da pessoa humana à categoria de princípio dotado de força jurídica. Tornou-se, pois, um princípio fundamental, devendo orientar a hermenêutica constitucional, a fim de positivizar não apenas os direitos fundamentais, mas os direitos em geral, isto é, normas definidoras de direitos e garantias, tanto quanto de deveres. Destarte, estando como fundamento da CR/1988, tal princípio tem como diretriz não apenas elucidar dúvidas interpretativas ou auxiliar no esclarecimento de preceitos normativos, mas também auxiliar fundamentações constitucionais, particularmente no controle da constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais (PEREIRA, 2006, p. 115-119).

Neste sentido, Carvalho (2015b):

No âmbito da Constituição brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base nesta é que devem aqueles ser interpretados (CARVALHO, 2015b, p. 32).

O Estado, ao classificar os homens que fazem sexo com outros homens como grupo de risco, sendo este conceito melhor trabalhado ao longo deste trabalho, reforça um estigma posto pela sociedade nos anos 1970 e 1980 através dos primeiros casos relatados de AIDS. Este estigma não encontra mais respaldo na atual sociedade, contudo o Estado se mostra invisual em relação a esta situação, não reconhecendo a dignidade equânime entre indivíduos.

2.2 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Como demonstra Lobo (2013, p. 72): “[...] a dignidade humana carrega implicitamente no seu conceito a igualdade, considerando que dignidade é o respeito, devido pelo Estado e pela sociedade, que todas as pessoas merecem pelo simples fato de serem humanos”.

Este princípio abre o capítulo dos direitos individuais no *caput* do art. 5º da CR/1988 ao afirmar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 1988), sendo apresentado ainda no inciso I que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988). A CR/1988, em seu art. 3º, inciso IV, também denota pela igualdade como objetivo fundamental do Estado Brasileiro (CARVALHO, 2015b, p. 118).

De fato, o texto constitucional traz em seu corpo a igualdade formal, que, conforme alega Carvalho (2015b, p. 118), pode ser “entendida como igualdade de oportunidades e igualdade perante a lei”. Contudo, o conceito formal “tem sido insuficiente para que se efetive a igualdade material, isto é, a igualdade de todos os homens perante os bens da vida” (CARVALHO, 2015b, p. 118). Assim sendo, o autor (2015) relata que:

No exame do princípio da igualdade, deve-se levar em conta, ainda que, embora sejam iguais em dignidade, os homens são profundamente desiguais

(compleição física e estrutura psicológica, entre outros fatores), o que dificulta a efetivação do princípio. Daí ser incorreto o enunciado do art. 5º de que todos são iguais sem distinção de qualquer natureza, pois “prever simetria onde há desproporção visível não é garantir igualdade real, mas consagrar desigualdade palpitante e condenável”. Igualdade, desde Aristóteles, significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam (CARVALHO, 2015b, p. 119).

Ao analisar a ideia de igualdade apresentada pela CR/1988, tendo em consideração a diversidade da sociedade brasileira, devem ser pensadas novas formas de proporcionar esta igualdade, sendo que os métodos até então utilizados não foram suficientes a alcançá-la devido à extensa desigualdade que acompanha a sociedade brasileira (LOBO, 2013, p. 73).

Ao relacionar tal princípio com o caso analisado em questão, a doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens, pode-se apontar uma forma de discriminação visto que não está se respeitando o direito destes homens de não serem tratados de forma igualitária em não serem tratados de forma desigual. Nesta vertente, elucida Lobo (2013):

[...] o princípio da igualdade é fundamental para a cidadania e a efetividade do Estado Democrático de Direito, por isso, é amplamente tratado ao longo de todo o texto constitucional. E, de acordo com o pensamento habermasiano, de abertura do discurso político a todos os cidadãos de forma que os destinatários das normas sejam, ao mesmo tempo, seus coautores, o princípio da igualdade se faz indispensável na concretização da democracia. Uma sociedade em que há exclusão social não pode se reconhecer como democrática (LOBO, 2013, p. 71-72).

Assim, importa destacar aqui que a Portaria nº 158/2016 em nenhum momento restringe diretamente a doação de sangue com base em orientação sexual. Entretanto, o legislador faz uso de uma discriminação reflexa ao se utilizar do termo “homens que tiverem relações sexuais com outros homens”, pois estão incluídos nesta premissa, gays, bissexuais e outros grupos que refletem a orientação sexual.

2.3 Princípio da não discriminação

O princípio da não discriminação está implícito no texto constitucional, conforme assevera Carvalho (2015b):

Dispõe o texto constitucional (art. 5º XLI) que serão punidas pela lei quaisquer discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais. Pelo enunciado abrangente da cláusula constitucional, entende-se que haverá discriminação toda a vez que a norma contrariar o princípio da dignidade da pessoa humana, negando ao indivíduo a condição de humano, ou se fundando em preconceito que faz da pessoa humana ser inferior ou o exclua da sociedade (CARVALHO, 2015b, p. 145).

Isto posto, pode-se afirmar que a existência deste princípio implica na criação de normas que configurem uma igualdade de tratamento em deve ser dada uma atenção igual a indivíduos que se encontrem em situações análogas. Os direitos a não discriminação e à proibição da discriminação, além de configurados na CR/1988, podem também ser encontrados no art. 1º, § 3º, da Carta das Nações Unidas e nos arts. 1º e 2º da Declaração universal dos direitos Humanos (BONDO, 2015, p. 12).

É preciso ressaltar neste ponto que a Portaria nº 158/2016, a par da relevância deste princípio, traz expresso em seu art. 2º, § 3º, o seu repúdio a qualquer forma de discriminação, *in verbis*:

Art. 2º, § 3º, da Portaria nº 158/2016. Os serviços de hemoterapia promoverão a melhoria da atenção e acolhimento aos candidatos à doação, realizando a triagem clínica com vistas à segurança do receptor, porém **com isenção de manifestações de juízo de valor, preconceito e discriminação por orientação sexual, identidade de gênero**, hábitos de vida, atividade profissional, condição socioeconômica, cor ou etnia, dentre outras, sem prejuízo à segurança do receptor (BRASIL, 2016, grifo próprio)

Todavia, esta mesma portaria que faz menção ao princípio da não discriminação, conforme acima expressado, traz em seu art. 64, inciso IV, a separação entre doadores heterossexuais e homens que fazem sexo com outros homens, colocando uma limitação temporal para estes, que

não existe para os que, ao realizar a triagem, afirmam ser heterossexuais. Destarte, pode-se afirmar que se está perante uma norma que tenta se camuflar, porém é nítido seu caráter discriminatório de fato.

2.4 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, diferente de outros princípios anteriormente mencionados, não possui previsão expressa na CR/1988. Este encontra-se implícito no corpo constitucional, estando espalhado em diversos artigos relacionados às mais variadas áreas de atuação do direito. Cabe a aplicação deste princípio quando o legislador se vê dentre um conflito de outros princípios ou normas, em que para se garantir algum direito deve-se suprimir outro. “Em geral, diz-se proporcional a intervenção que não é excessiva tampouco insuficiente. Excessiva para restringir um direito; insuficiente para realizá-lo” (SAMPAIO, 2013, p. 450).

Expressa-se que o princípio da proporcionalidade busca demonstrar um equilíbrio entre os meios a ser empregados para se alcançar um determinado fim. Tendo o legislador que estar sempre em conformidade com a CR/1988 no que se refere a criação de normas, este se vê regulado por tal princípio, especialmente em decorrência de um possível conflito de direitos. Dessa forma, toda intervenção no âmbito dos direitos fundamentais deve ser adequada, necessária e estritamente proporcional (SAMPAIO, 2013, p. 454).

Os direitos fundamentais são dotados de um grau de importância para a consagração do Estado democrático de direitos. No entanto, este grau de importância é determinado caso a caso, sendo possível haver conflito com outros direitos fundamentais. Dessa maneira, a proporcionalidade tem função de impedir que restrições a direitos fundamentais interfiram de maneira excessiva no âmbito que, em realidade, deveria proteger os interesses dos cidadãos (XIMENES, 2014, p. 26). Assim, este princípio funciona como um escudo que defende que as prioridades colo-

casas pela CR/1988 não sejam desrespeitadas pelo Poder Legislativo, Poder Judiciário, ou até mesmo que suprimam direitos fundamentais.

Nesta vertente, afirma Silva (2002):

[...] objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos proporcionais tome dimensões desproporcionais. Para alcançar este objetivo, a ato estatal deve passar pelos exames de adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2002, p. 2).

Os Princípios Constitucionais, de forma geral, estabelecem fins a serem buscados. Partindo desta permissa ao analisar a teoria de Humberto Ávila (2005), e adentrando ao terreno das metanormas, tem-se uma estrutura de aplicação tanto das normas, quanto dos princípios e regras. Neste contexto, pode-se verificar os casos em que há violação às normas cuja aplicação estruturam, violando, pois, os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência. Desta maneira, o autor apresenta o princípio da proporcionalidade em um patamar mais elevado, o de postulado normativo, onde a sua violação consiste na não-interpretção de acordo com a sua estrutura. Ávila (2005) exemplifica:

[...] no caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou inválida ordem judicial para submissão do paciente ao exame de DNA, foi considerada violada a dignidade humana do paciente, por essa ter sido restringida de forma desnecessária e desproporcional. Rigorosamente, não é a proporcionalidade que foi violada, mas o princípio da dignidade humana, na sua inter-relação horizontal com os princípios da autodeterminação da personalidade e da universalidade da jurisdição, que deixaram de ser aplicados adequadamente (ÁVILA, 2005, p. 88).

Destarte, os postulados normativos, em destaque o postulado da proporcionalidade, funciona como qualquer outra norma que fundamenta a aplicação de outras. Dentro do Direito brasileiro, o postulado da proporcionalidade cresce em importância, sendo utilizado cada vez mais como instrumento dos atos do Poder Público. Ávila (2005) esclarece:

A proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável. Se não houver uma relação meio/fim devidamente estruturada, então – nas palavras de Hartmut Maurer – cai o exame de proporcionalidade, pela falta de pontos de referência, no vazio (ÁVILA, 2005, p. 113).

Como se pode observar, a aplicação do postulado da proporcionalidade depende de uma relação de causalidade entre meio e fim, ou seja, para a aplicação do postulado um fim deve ser definido. Neste contexto, têm-se que podem ser determinados tanto fins internos, quanto fins externos. Ávila (2005) os descreve:

Os fins internos estabelecem um resultado a ser alcançado que reside na própria pessoa ou situação objeto de comparação e diferenciação. A comparação entre duas pessoas em razão da sua capacidade econômica demonstra uma relação próxima entre a medida (capacidade econômica) e o fim almejado (cobrança de tributos). [...] Os fins externos estabelecem resultados que não são propriedades ou características dos sujeitos atingidos, mas que se constituem em finalidades atribuídas ao Estado, e que possuem um dimensão extrajurídica. Os fins externos são aqueles que podem ser empiricamente dimensionados, de tal sorte que se possa dizer que determinada medida seja meio para atingir determinado fim (relação causal). Os fins sociais e econômicos podem ser qualificados de fins externos, como o são a praticabilidade administrativa, o planejamento econômico específico, a proteção ambiental. (ÁVILA, 2005, p. 114-115).

Desta forma, ao se analisar a Teoria de Ávila, é implícito que exista uma possível inconstitucionalidade da Portaria nº 158/2016. Sendo o fim interno a comparação de um homem que não apresenta comportamento sexual desviante do “normal” com outros. Assim como fins externos, sendo possível se estabelecer os fins sociais que tal discussão implica. Dando por si só visibilidade, igual tratamento e legitimidade para que a comunidade LGBTIQ conquiste uma igualdade de direitos já por outros alcançada.

2.5 Princípio da sustentabilidade

É indiscutível a importância da sustentabilidade no atual sistema de desenvolvimento social. Para muito além disso, deve-se reafirmar a relevância de se ter a sustentabilidade como um valor e princípio constitucional. Atualmente se tem a visão da sustentabilidade multidimensional, o que provoca a atuação real, direta e eficiente deste princípio sobre as mais variadas áreas como, por exemplo, educação, política, atos administrativos, responsabilidade do Estado, entre outros (FREITAS, 2012, p. 49-50). Dialogando com essa idéia Gomes e Ferreira (2018, p. 160), trazem que “o conceito de sustentabilidade está voltado não somente para a dimensão ambiental, mas também para a dimensão social, econômica, ética e jurídico-política”.

Deste modo, Freitas (2012, p. 50) conceitua o princípio da sustentabilidade como sendo “o princípio constitucional que determina promover o desenvolvimento social, econômico, ambiental, ético e jurídico-político, no intuito de assegurar as condições favoráveis para o bem-estar das gerações presentes e futuras” (FREITAS, 2012, p. 50). Assim, pode-se dizer que o princípio da sustentabilidade está presente e em desenvolvimento nas múltiplas áreas que o direito aborda, e não apenas no Direito ambiental como muito se acredita. Neste viés, declaram Coelho e Mello (2011):

O reconhecimento da sustentabilidade como princípio jurídico de outros ramos do Direito, não só do Direito Ambiental, tais como o Direito Agrário, Minerário, Urbanístico, Administrativo, do Trabalho, do Consumidor, entre outros, revela a intenção de dotá-los de uma unidade teórico-normativa enquanto desdobramentos da unidade semântico-principiológica da Constituição Federal (COELHO; MELLO, 2011, p. 19-20).

Desse modo, pode-se afirmar que a sustentabilidade, como direito fundamental da pessoa humana, apresenta um condão de possibilidades devido a sua força normativa constitucional. Pode-se considerar que a aplicação do princípio constitucional da sustentabilidade multifacetado

altera o grau da qualidade de vida da sociedade. Neste sentido Gomes e Ferreira (2017) apresentam:

A dimensão jurídico-política visa a efetivar e desenvolver os direitos fundamentais das presentes e futuras gerações, com o objetivo de asseverar e reforçar o plexo de desenvolvimento consubstanciado na preservação e proteção ambiental, sem contudo, perder de vista a promoção social, o respeito à dignidade humana e aos direitos humanos, a melhor e adequada distribuição da renda e os conceitos de origem ética, que são vertentes indissociáveis de conceito de sustentabilidade. (GOMES; FERREIRA, 2017, p. 96).

Assim, ao se fazer uso deste princípio, o Estado consegue transformar o estilo de vida das pessoas uma vez que suas ações estão voltadas a uma aplicabilidade sustentável, sem causar violações a CR/1988. Logo, cabe ao Estado Democrático de Direito a aplicação da hermenêutica jurídica de forma sustentável, garantindo a boa administração pública. Isto posto, esclarece Freitas (2012):

O certo, porém, é que apenas a sustentabilidade, entendida como valor e como princípio constitucional, garante a dignidade dos seres vivos (para além do antropocentrismo exacerbado) e a preponderância da responsabilidade antecipatória, via expansão dos horizontes espaciais e temporais das políticas regulatórias (FREITAS, 2012, p. 117).

Destarte, no que tange o art. 64, inciso IV, da Portaria nº 158/2016, esta se encontra em desconformidade com o princípio da sustentabilidade uma vez que não reconhece a contribuição social que o grupo excluído pode trazer à sociedade. A este respeito expressa Freitas (2012, p. 119): “[...] quanto mais forem proteladas as medidas obrigatórias de mitigação e de adaptação, mais graves serão as perdas perfeitamente evitáveis”. Mais que isso, uma vez que o Estado ao restringir a doação deste grupo, cerceia não só os direitos desses, como também a obtenção de um insumo insubstituível e que em muito lhe carece.

3. As políticas públicas de hemoterapia no Brasil

No Brasil anterior a década de 1990, os procedimentos hemoterápicos operavam sem padrões técnicos ou de fiscalização. A falta desses critérios trazia como consequência, uma série de fatores de risco que atingiam a população como um todo. Assim sendo, as políticas voltadas à regulamentação dos procedimentos hemoterápicos e à sua maior fiscalização por órgãos federais, vieram a se tornar realidade a partir da década de 1990, como afirma Silva Júnior (2015) e outros:

O desenvolvimento de políticas de sangue e de regulação específica e a evolução tecnológica promoveram melhorias significativas na segurança transfusional em todo mundo, observadas após a década de 1990. O Brasil seguiu nessa mesma direção após ter iniciado, em 1980, um programa público de sangue, o Pró-Sangue. A partir desse programa, o tema entrou efetivamente na agenda política nacional no âmbito da estruturação legal do Sistema Único de Saúde (SUS), com altos investimentos do governo federal nos serviços e posteriormente no sistema fiscalizador. Os movimentos sociais da reforma sanitária e o apelo da questão do sangue, principalmente quanto à transmissão de doenças infecciosas, impulsionaram a discussão sobre a presença e o papel do Estado na garantia do direito à saúde (SILVA JÚNIOR *et al*, 2015, p. 334).

A CR/1988 controla a política nacional de sangue, a qual, em seu art. 199, §4º, dispõe expressamente a vedação contra qualquer tipo de comercialização de material biológico de origem humana para fins terapêuticos. E pela Lei nº 10.205/2001, popularmente conhecida como Lei do Sangue, regulamenta-se os procedimentos referentes à coleta, processamento, conservação, armazenagem, distribuição e ao uso do sangue e componentes hemoterápicos (SILVA JÚNIOR *et al*, 2015, p. 334).

Devido ao histórico brasileiro de políticas hemoterápicas, Silva Júnior e outros (2015) salientam a “preocupação do legislador brasileiro em relação a proteção dos doadores, receptores e profissionais envolvidos nas atividades hemoterápicas” (SILVA JÚNIOR *et al*, 2015, p. 334). Por essa razão, o Brasil tem investido em pesquisa e na evolução das práticas

hemoterápicas, objetivando diminuir os riscos dos procedimentos transfusionais e, conseqüentemente, oferecer produtos de qualidade à população. Por conseguinte:

O sistema regulatório de sangue no Brasil está organizado de forma descentralizada, em rede, com órgãos municipais e estaduais sob coordenação, em nível federal, da Anvisa, compondo o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS), inserido nas atribuições do SUS, conforme a lei 9 782/1999. Nesse contexto descentralizado, os órgãos reguladores locais se organizam para executar atividades de inspeção e fiscalização sanitária em suas localidades. Cabe à Anvisa a coordenação nacional do SNVS, a definição de normas regulatórias nacionais, a elaboração de roteiros de inspeção padronizados e de instrumentos de avaliação de risco aplicados ao ciclo do sangue, o apoio técnico às inspeções, a coordenação de treinamentos e programas de capacitação continuada de inspetores e a coordenação do Sistema Nacional de Hemovigilância, dentre outras atribuições de monitoramento e controle (SILVA JÚNIOR, *et al*, 2015, p. 334).

Com base na CR/1988, a Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde veio a esclarecer efetivamente sobre o caráter voluntarista que envolve a doação de sangue. A referida portaria enfatiza que a doação de sangue deve ser voluntária, anônima, altruísta, não devendo o doador receber qualquer remuneração, direta ou indiretamente. Mesmo depois dos efetivos esforços do Estado voltados a campanhas de conscientização sobre a importância e necessidade da doação de sangue, a questão da quantidade insuficiente para manter os estoques nos serviços de hemoterapia continua evidente.

Em conformidade com a Portaria nº 158/2016, a ANVISA remodelou a normatização sanitária para serviços relacionados ao ciclo produtivo do sangue. A RDC nº 034/2014 harmoniza as regras ao regulamento proposto pelo Ministério da Saúde, reforçando conceitos quanto à adoção das boas práticas no ciclo do sangue e acentuando as diretrizes da Organização Mundial de Saúde (OMS).

Em atenção ao estabelecido pela norma para realização do ato de doação de sangue, o possível doador deve estar munido de documento de

identificação com fotografia emitido por órgão oficial que será registrado no serviço de hemoterapia. Antes de ser realizada a triagem, o possível candidato é informado sobre os fatores de risco aos receptores, assim como a importância de se manter honesto durante a triagem clínica. Além desses fatores, também é esclarecido quanto a possíveis casos de desconforto associados a doação, bem como sobre a realização de testes laboratoriais a serem realizados com seu sangue (FREITAS, 2012, p. 70).

A triagem é realizada por um profissional de saúde de nível superior, sendo este supervisionado por um médico, em uma sala que garanta a privacidade e sigilo das informações. A cada doação, é necessária uma nova triagem, garantindo assim a atualização dos dados informados pelos doadores. O parâmetro de seleção dos doadores está estabelecido pelo Ministério da Saúde em sua Portaria nº 158/2016, que visa a proteção tanto do receptor quando a do doador. Esta se baseia em requisitos mínimos de qualificação dos doadores, podem ser citados como exemplo os estabelecidos em seu art. 36:

Art. 36 da Portaria nº 158/2016. Com a finalidade de proteger os doadores, serão adotadas, tanto no momento da seleção de candidatos quanto no momento da doação, as seguintes medidas e critérios estabelecidos neste regulamento:

- I – a frequência anual máxima de doações e o intervalo mínimo entre as doações;
- II – as idades mínima e máxima para doação;
- III – a massa corpórea mínima;
- IV – a aferição do pulso;
- V – a aferição da pressão arterial;
- VI – os níveis de hematócrito/hemoglobina;
- VII – a história médica e os antecedentes patológicos do doador;
- VIII – a utilização de medicamentos;
- IX – as hipóteses de gestação, lactação, abortamento e menstruação;
- X – o jejum e a alimentação adequada;
- XI – o consumo de bebidas alcoólicas;
- XII – os episódios alérgicos;
- XIII – as ocupações habituais; e
- XIV – o volume a ser coletado (BRASIL, 2016)

Após a avaliação de todos os requisitos estabelecidos pela regulamentação e assinatura do termo de consentimento, o candidato será considerado apto nos termos em que determina o Ministério da Saúde. Conquanto, caso não sejam preenchidos os critérios estabelecidos pelo órgão estatal, estabelece-se a orientação em relação a proibição à doação de sangue, que pode ser temporária ou definitiva. Caso ocorra a inaptidão, o doador deverá ser esclarecido sobre os motivos de sua rejeição, sendo este registrado em sua ficha de triagem. (FREITAS, 2012, p. 72)

Importante, aqui, salientar que a Portaria nº 158/2016 em seu art. 2º, § 3º, faz menção ao acolhimento dos candidatos a doação, sendo vetado qualquer manifestação de preconceito e discriminação, *in verbis*:

Art. 2º [...] da Portaria nº 158/2016. § 3º Os serviços de hemoterapia promoverão a melhoria da atenção e acolhimento aos candidatos à doação, realizando a triagem clínica com vistas à segurança do receptor, porém com isenção de manifestações de juízo de valor, preconceito e discriminação por orientação sexual, identidade de gênero, hábitos de vida, atividade profissional, condição socioeconômica, cor ou etnia, dentre outras, sem prejuízo à segurança do receptor (BRASIL, 2016).

Destarte, a orientação sexual dos candidatos não deve ser usada como critério para seleção de doadores de sangue, uma vez que a orientação não constitui risco, por si só. Porém, em oposto a isso, a própria Portaria em seu Art. 64, inciso IV, define como impedimento temporário qualquer tipo de relação sexual entre homens independentemente se estes fizeram uso de preservativo, ou mesmo se possuem companheiro já estabelecido, ou parceiro fixo por longa data. Ferindo, pois, diversos princípios constitucionais. Assim exposto “Art. 64 nº 158/2016. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: [...] IV – homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes.” (BRASIL, 2016).

Outro critério que cabe ressaltar é que homens podem doar sangue até quatro vezes ao ano, sendo respeitado um intervalo de 60 dias entre as doações. Já as mulheres, podem doar até três vezes ao ano, com intervalos de no mínimo 90 dias entre as doações. Por conseguinte, ao excluir uma parcela da população masculina, tanto a Portaria nº 158/2016 quanto a RDC nº 34/2014 regulamentada pela ANVISA, não cumprem o estabelecido pelo princípio da sustentabilidade, ou descartam uma desmedida gama de possíveis candidatos sem ao menos testar o sangue que lhe é oferecido.

4. Da legislação excludente

Primeiramente, cumpre ressaltar que o uso do termo “homens que fazem sexo com outros homens” ou HSH, neste trabalho, busca não limitar seu enfoque às pessoas que se autodeclaram homossexuais ou bissexuais, uma vez que existe uma grande parcela da sociedade que tem como identidade de gênero o masculino e se relaciona com outros componentes deste gênero, mesmo não se reconhecendo como pertencentes a um grupo.

Ao se criar políticas públicas de saúde deve ser levado em consideração, pelo Estado, uma série de variáveis, visando sempre o bem comum de todos os indivíduos. No que tange especificamente à esfera da criação de políticas públicas de doação de sangue, deve-se ter em mente que esta política sempre será criada com uma série de restrições e impedimentos. Os dois objetivos básicos, e muitas vezes conflitantes, que esta doutrina busca atender são: permitir que o máximo de pessoas possível doe sangue para que se tenha um estoque adequado; e limitar a doação do sangue que possa ser tido como ameaça ao receptor, garantindo, assim, a qualidade do sangue doado (CARDINALI, 2016, p. 115). Isso denota por qual deve ser o papel do Estado ao restringir ou permitir que HSH doem ou não seu sangue. Cardinali (2016) esclarece que:

Atualmente, a resposta dada pelos diversos países quanto à possibilidade de HSH doarem sangue envolve a adoção de uma das três políticas seguintes: (a) exclusão definitiva; (b) exclusão por um período determinado e (c) ausência de período de exclusão específico para HSH (CARDINALI, 2016, p. 115).

Deste modo, ao observar as três políticas apontadas por Cardinali (2016) pode-se fazer a seguinte comparação com o Brasil. O primeiro programa federal de controle a AIDS/HIV foi regulamentado pela Portaria nº 236/1985, publicada pelo Ministério da Saúde. Devido à falta de pesquisa e análises dos casos de HIV/AIDS naquele tempo, a citada portaria trouxe poucos esclarecimentos sobre como lidar com pessoas que possuíssem o vírus. Dessa forma, a norma trouxe em seu corpo conceitos preconceituosos e estigmatizantes como “grupo de risco”, onde se encontravam os HSH.

Leia-se:

3.1 O AIDS, como doença sexualmente transmissível, deve ser prevenida através da informação aos indivíduos dos grupos em risco (homossexuais ou bissexuais do sexo masculino) sobre a maior incidência da doença com a multiplicidade de parceiros sexuais, esclarecendo-se que o risco aumenta proporcionalmente ao número de parceiros. Há indícios, de que o uso de preservativos, no ato sexual, diminui a transmissibilidade da síndrome.

[...]

1.4 A educação sanitária constará de informação, aos pacientes, dos meios simples de diminuir a transmissibilidade da doença, tendentes a evitar a promiscuidade sexual e à doação de sangue.

2) Os comunicantes devem ser submetidos à investigação epidemiológica, clínica e educação sanitária conforme o descrito no parágrafo anterior.

3) Para os indivíduos pertencentes aos grupos em risco realizar-se-ão apenas programas de educação sanitária (BRASIL, 1985).

Em outro ponto da Portaria, esta não proibia que os HSH doassem sangue expressamente, contudo em seu corpo, indiretamente determinava que homossexuais não doassem sangue, excluindo tal grupo, como pode-se observar: “3.2. EDUCAÇÃO SANITÁRIA [...] Os homossexuais: 1

– Restringir a atividade sexual a um único parceiro; 2 – Evitar a doação de sangue; 3 – Procurar os serviços de saúde em caso de suspeita da doença (BRASIL, 1985)”.

Assim, esta exclusão deixou de ser indireta e passou a ser expressa no ano de 1993, quando o Ministério da Saúde do Brasil, através da Portaria nº 1376/1993, proibiu pela primeira vez que homens homossexuais doassem sangue (BRASIL, 2016). A Portaria, no caso, fez menção a exclusão permanente dos “grupos de risco”, estando incluído entre estes os HSH. Como pode-se observar:

3.4.2. SIDA/AIDS: Todos os candidatos à doação devem receber amplo material informativo sobre os grupos expostos a risco, a fim de que, se incluídos em um deles, não venham a doar sangue. Devem ser incluídos no grupo de risco os indivíduos que pertenceram ou pertencem a estabelecimentos penais, colônias de recuperação de drogados e ou doentes mentais e de outros tipos de confinamento obrigatório. Devem ser obrigatoriamente incluídas na triagem questões relativas aos sintomas e sinais da SIDA/AIDS e ao Sarcoma de Kaposi. Devem ser excluídos definitivamente indivíduos com sorologia positiva para anti-HIV e/ou com história de pertencer ou ter pertencido a grupos de risco para SIDA/AIDS, e/ou que seja ou tenha sido parceiro sexual de indivíduos que se incluem naquele grupo (BRASIL, 1993).

Esta proibição se manteve até os anos 2000, quando iniciou uma série de debates sobre a proibição de doação de sangue por homossexuais. Dessa forma, em 2002, a proibição permanente passou a ser temporária através da Resolução RDC nº 343/2002 da ANVISA, estabelecendo o critério do temporário de 12 meses para uma possível doação (BRASIL, 2016). Essa forma indireta de exclusão passou a ser replicada em todas as Portarias e RDC que trataram deste conteúdo desde então.

Como pode-se observar, o Brasil atualmente, através da Portaria nº 158/2016, se enquadra no segundo grupo, em que estabelece um caráter temporário para doação de sangue por HSH, conforme art. 64, inciso IV, da citada norma. Assim esclarece Carbonari (2016):

Para o Ministério da Saúde, os 12 meses de abstinência sexual fazem parte de um conjunto de regras sanitárias para proteger quem vai receber a transfusão de possíveis infecções. [...] O Ministério e a Anvisa afirmam que orientação sexual não deve ser usada como critério para seleção de doadores e que as regras não são discriminatórias. Mas a realidade dos hemocentros não é bem assim (CARBONARI, 2016, s.p.).

Deste modo, a própria norma torna-se discriminatória, uma vez que exclui possíveis doadores sem ao menos submeter o sangue doado a algum teste. A triagem realizada pelos bancos de sangue no Brasil, leva em consideração o conceito, muito já superado, de “grupos de risco”, este deveria ser substituído por “comportamentos de risco”. Este novo conceito leva em consideração os comportamentos adotados por cada possível doador, como por exemplo o uso de preservativo, tempo de relacionamento com parceiro sexual, número de parceiros, entre outros. Dessa forma, os critérios para seleção de doadores são os mesmos para heterossexuais e não héteros (CARDINALI, 2016, p. 116).

No entanto, o sistema adotado pelo Estado prefere se utilizar de normas excludentes como afirma Carbonari (2016):

A Anvisa afirma que faltam estudos sobre práticas sexuais seguras entre homens, como uso de camisinhas e relações monogâmicas, e que isso dificulta a avaliação dos possíveis doadores.

Sendo assim, o Ministério da Saúde considera que os candidatos à doação que admitem transar com homens são “temporariamente inaptos”, porque têm mais chances de terem uma doença infecciosa e de seus exames apresentarem resultados negativos, mesmo sendo portadores de algum vírus (CARBONARI, 2016, s. p.).

Destarte, o Estado brasileiro, baseado em concepções há muito ultrapassadas, priva um relevante grupo social de seus direitos fundamentais, e não se permite que estas pessoas façam a sua contribuição ao ajudar o próximo pelo simples fato de manterem relações sexuais com o mesmo gênero. Tal tratativa é discriminatória e estigmatizante,

uma vez que fere diversos princípios constitucionais, sendo negado aos HSH o direito de salvar vidas.

5. Sangue seguro e constitucional

Segundo a organização filantrópica Filantropia.org, uma instituição que busca contribuir com projetos e localizar voluntários ao redor do mundo para ajudar nas mais diversas demandas, só no Brasil são necessárias cerca de 5.500 bolsas de sangue por dia (FILANTROPIA.org, acesso em 10 out. 2017). Ou seja, um número expressivo de pessoas necessita de sangue todos os dias, sendo que muitos desses não chegam a receber este elemento tão essencial para a manutenção da vida. Dessa forma, pode-se alegar aqui que não cabe ao Estado fornecer tal componente aos serviços de saúde, uma vez que não é papel deste obrigar que a população considerada saudável doe seu sangue.

A doação de sangue é ato voluntário, não oneroso e não pode ser exigido nem oferecido nenhum tipo de contraprestação sobre esta ação. Freitas (2012, p. 76) informa que a cada uma doação, 3 vidas podem ser salvas. Nota-se que por mais que tenham ocorrido avanços na ciência, até o presente momento não foi possível desenvolver nenhum elemento que conseguisse substituir o sangue em toda a sua integralidade (FREITAS, 2012, p. 76). Isto posto, pode-se dizer que doar sangue nada mais é que um ato de solidariedade que parte de cada ser humano. A vontade de fazer bem e ajudar seu próximo.

Apesar disso, quanto ao grupo HSH, esses se veem privados do seu direito de contribuir socialmente, visto que sofrem uma restrição baseada em concepções científicas há muito ultrapassadas e em valores sociais estigmatizantes e discriminatórios. Neste enquadramento Cardinali (2016) esclarece que:

[...] a proibição de doação de sangue por HSHs é objeto de crescente oposição por parte da academia médica, a partir da noção de que a mesma representa uma visão ultrapassada da AIDS e não se sustenta mais diante dos

avanços das técnicas de testagem. Não é, entretanto, somente neste campo que a mesma vem sendo questionada, e os profissionais do Direito têm cada vez mais a colocado em xeque, com base no discurso e na gramática que lhes são próprios (CARDINALI, 2016, p. 127).

Dada a importância do tema em questão, pode-se afirmar que a Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde trás em corpo um tratamento discriminatório no que tange ao grupo HSH. Cumpre salientar, como já anteriormente mencionado, que a norma em si não traz expressa tal discriminação, uma vez que a restrição colocada ao grupo trata-se de uma restrição com caráter temporário. Contudo exigir de uma pessoa que abdique de sua vida sexual durante um período de 12 meses, pelo simples fato de se relacionar com outra pessoa do mesmo gênero, em muito fere os princípios e fundamentos constitucionais aqui apresentados⁴. Neste sentido, Staffen e Santos (2016):

A definição jurídica e cultural de dignidade da pessoa humana apresenta-se aberta; contudo, passível de ser concretizada, inclusive para assegurar segurança jurídica e para impedir que a dignidade seja irresponsavelmente utilizada para justificar o que é seu oposto. (STAFFEN; SANTOS, 2016. p. 278).

Istopoisto, afirma-se que a norma vigente fere diretamente o princípio da sustentabilidade, voltando-se para o interesse público, uma vez que o Estado deixa de atender uma demanda contínua da população, por simples ato de preconceito. A respeito da restrição imposta aos HSH, Carbonari (2016) alega que:

A restrição representa um desfalque considerável nos estoques de sangue. Em 2014, apenas 1,8% da população brasileira doou 3,7 milhões de bolsas. É bastante sangue, mas é pouca gente – ideal da ONU é que 3 a 5% da população de uma nação seja doadora. Mas só conseguiríamos chegar nesse ideal de 3% se o número de brasileiros que vão regularmente aos hemocentros dobrasse. Ainda é pouco (CARBONARI, 2016).

⁴ Nesse sentido: “a lifetime ban on blood donation by men who have sex with men is discriminatory, infringes individual rights, is disproportionate to risk, and reduces the supply of available blood” (WELLINGS, 2011. p. 1)

Por conseguinte, apontado esse fato, o autor (2016) ainda expressa a quantidade de sangue que é desperdiçada todos os anos:

De acordo com o IBGE, 101 milhões de homens vivem no país e, do total, 10,5 milhões é homo ou bissexual. Levando em consideração que cada homem pode doar até quatro vezes em um ano, com a restrição dessa parcela da população, são desperdiçados 18,9 milhões de litros de sangue por ano (CARBONARI, 2016).

Destarte, as políticas de doação de sangue deveriam ser baseadas em comportamentos de risco, que envolve uma avaliação mais abrangente, independentemente de orientação sexual. A atual conjuntura de grupos de risco exclui uma parcela significativa de pessoas que não possuem comportamentos de risco, pois uma vez que se tenha relações sexuais dentro de uma relação estável e de maneira protegida, não há porque excluir este candidato simplesmente pela sua orientação sexual (CARDINALI, 2016, p. 127)⁵.

O Estado sustentável, não pode se mostrar inerte a esta violação, sendo sua responsabilidade não deixar persistir quadros omissivos de inconstitucionalidade. Contudo, sabe-se que tal mudança é um desafio para a gestão pública sustentável, mesmo assim não cabe ao ente estatal procrastinar diante de tal situação (FREITAS, 2012, p. 269-272). Estimulado por tal situação, a comunidade LGBTQIs não se mostra indiferente ao problema. Neste contexto, Carbonari (2016) exemplifica:

No final de abril, outra campanha contra a Portaria foi lançada: a Wasted Blood. A agência de publicidade Africa, em parceria com a ONG internacional All Out, criou uma fila virtual quantificando quantos homens homossexuais gostariam de doar sangue e não conseguem. Até agora, a Wasted Blood tem 215.809 doadores na fila de espera, a maioria deles entre 25 e 50 anos, que poderiam ajudar 863.263 pessoas.

⁵ Da mesma forma, “the exclusion from blood donation as not simply a matter of the technical governance of a risk but something that involves emotional issues of belongingness and citizenship” (BERNER, 2011. p. 387).

O estoque simbólico da campanha reuniu 97.114 litros de sangue desde então. Essa quantidade é 18 vezes maior que a quantia mensal de doações recebidas pela Fundação Pró-Sangue, que abastece 116 instituições de saúde pública da região metropolitana de São Paulo (CARBONARI, 2016).

Destarte, com base nos pressupostos aqui já mencionados, visando uma revisão da atual norma vigente, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543 pelo Partido Socialista Brasileiro em 07/06/2016. A ADI, com pedido liminar, busca declarar a inconstitucionalidade do dispositivo que prevê a exclusão temporária de HSH. Assim esclarece Cardinali (2016):

A inicial dá destaque ao fato de que homens homossexuais que possuam o mínimo de atividade sexual, ficam, na prática, permanentemente excluídos da doação de sangue. Neste sentido, defende ser a norma preconceituosa e discriminatória em razão da orientação sexual, importando em lesão à dignidade dos envolvidos e impedindo-os de exercer a solidariedade humana por meio da doação de sangue. Aduz, ainda, que a legislação brasileira é marcada por visões ultrapassadas que colocam homossexuais como grupo de risco exclusivamente pela orientação sexual, sem considerar-se o efetivo comportamento individual. Embora não faça menção expressa à ideia de reconhecimento, a exordial destaca, o caráter estigmatizante da norma [...] (CARDINALI, 2016, p. 130).

Isto posto, em 06/09/2016, houve a manifestação da Procuradoria-Geral da República pelo deferimento da medida cautelar contida na ADI nº 5543, que ao analisar o modelo atual baseado em “grupos de risco” o declarou estigmatizante (CARDINALI, 2016, p. 131). Cabe destacar aqui que esta não foi a única manifestação já realizada em detrimento aos diretos do grupo HSH, no entanto é a mais atual e que possui mais destaque até o presente momento.

Todavia, por mais que se tenha uma primeira decisão favorável quanto a medida cautelar da ADI nº 5543, muito ainda se deve percorrer para uma efetiva revisão da norma em questão. Dessa maneira, como expressa Freitas (2012): “É mais do que tempo de rejeitar hábitos e costumes inconstitucionais, bem como de rever modelos frenéticos e

tresvariados de desenvolvimento, chumbados à materialidade excludente e às concepções monocromáticas de curto prazo” (FREITAS, 2012, p. 133). A ADI nº 5543 encontra-se em ainda em trâmite, sendo que cinco ministros já votaram, em que quatro se posicionaram a favor da inconstitucionalidade e um parcialmente favorável. Vale destacar que a decisão depende da maioria de seis votos dos onze ministros (COUTINHO, 2017).

Como afirma Richter (2017), o ministro Luís Roberto Barroso, se manifestou durante o julgamento com a seguinte asserção: “Não há qualquer dúvida de que a portaria do Ministério da Saúde e a resolução da Anvisa, claramente, criam uma situação de desequilíbrio em relação aos homossexuais masculinos”. (RICHTER, 2017). Assim “o Estado aparece como um agente fundamental na distribuição diferencial de reconhecimento de humanidade. (BENTO, 2018).

Conquanto, o ministro Gilmar Mendes pediu vista, o que suspendeu por tempo indeterminado o julgamento do mérito. As conquistas da comunidade LGBTQIAs começaram a ganhar destaque no cenário nacional, muito deve-se à luta em busca da efetivação dos princípios e direitos fundamentais constantes da CR/1988.

6. Considerações finais

Após tudo o que foi transcrito, embasado em uma pesquisa de caráter teórico documental pode-se observar que tanto a Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, quanto a Resolução RDC nº 34/2014 da ANVISA são normas que direta ou indiretamente vão contra os princípios e fundamentos da atual CR/1988. É importante salientar que toda a discussão proposta por este trabalho não se limita ao escopo de um direito apenas, o direito de doar sangue, mas vai muito além disso. Trata-se de uma garantia de liberdade. A liberdade necessária que leva um cidadão a ter a possibilidade de oferecer seu sangue para salvar uma vida, para ajudar um ente querido, a liberdade de ser tratado igualmente como qualquer outro possível doador, independentemente de sua orientação

sexual. Doar sangue, como já anteriormente mencionado, é um ato de solidariedade, que não deve ser retirado de qualquer pessoa tendo como base apenas sua orientação sexual.

O Estado, principal interessado no contínuo abastecimento de seus bancos de sangue, através de campanhas nos meios de comunicação, incentiva a doação voluntária. Dessa forma, é contraditório que este mesmo Estado contribua para que um grupo, com possíveis doadores saudáveis, seja excluído. A norma estatal, que vem portando esta carga discriminatória, busca sua justificativa em fato ocorrido nos anos 80, quando do início da epidemia de HIV/AIDS; logo, baseia-se no já mencionado e superado conceito de “grupo de risco”.

Tratar todos os membros do grupo HSH como inaptos à doação por um prazo de 12 meses, sem nenhum tipo de distinção entre eles, contribui apenas para uma contínua visão discriminatória e estigmatizante desses cidadãos. Assim, não deve o ente estatal ignorar as particularidades de cada indivíduo, uma vez que atualmente qualquer pessoal está suscetível a exposição de enfermidades que possam vir a tornar inapta a doação de sangue. Isto posto, frisa-se mais uma vez que o melhor termo a ser trabalhado é o de “comportamentos de risco”, contemplando este toda a sociedade, não fazendo exclusão a grupos específicos.

Quando o Estado pratica a exclusão dos HSH sem aplicar qualquer distinção entre eles, fere os princípios e fundamentos constitucionais de maneira inquestionável. Princípios estes como a dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não discriminação, da proporcionalidade e da sustentabilidade. Dessa forma, as normas estudadas realizam um tratamento discriminatório, reforçando as várias violências já vivenciadas por este grupo. Este é mais um dos acontecimentos que tentam limitar os direitos LGBTIQ, a sociedade brasileira ainda assim tem passado por transformações de cunho político e social em que se vislumbra uma efetiva aplicação dos princípios constitucionais.

Outro ponto que deve ser mencionado, é a força normativa dos princípios constitucionais abordados neste trabalho. Admitir que a agres-

são a estes princípios seja mantida, é igualmente proporcional a admitir que a Constituição faça qualquer diferenciação entre o tratamento dado entre membros da sociedade. Dessa formar, admitir o ocorrido equiparase a retroceder, transformando os princípios constitucionais em preceitos jurídico-políticos destituídos de força sancionadora, podendo ser contrariados por todos e retirando-lhes seu atual sentido e alcance. A violação de um princípio constitucional deve ser considerada uma falta grave, sendo solucionada através dos mecanismos processuais de controle previstos no ordenamento jurídico.

Destarte, conclui-se que os princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana, da não discriminação e da sustentabilidade proíbem a discriminação de possíveis candidatos a doação de sangue com base nos critérios de serem homens que fazem sexo com outros homens. Da mesma maneira, o postulado da proporcionalidade implica em sua aplicação direta ao caso, uma vez que, como já mencionado, atinge tanto ao fim interno por tratar de maneira diferente pessoas em razão de sua capacidade, como os fins externos atingindo seu propósito social, ao alcançar a sua dimensão extrajudicial.

Tal discriminação, embora camuflada nas normas supracitadas, não encontra respaldo constitucional, demandando-se que seja implantado tratamento igualitário a todos os possíveis candidatos a doadores. Fato é que tal restrição está diretamente ligada a orientação sexual dos doadores, reforçando o preconceito já sofrido. A luta pela cidadania vai muito além do reconhecimento deste direito. Trata-se de uma construção social, um trabalho feito pelo Estado juntamente com a sociedade. Cabe ao Estado minimizar todas as formas de discriminação, visando sempre uma sociedade igualitária e livre de preconceitos.

7. Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo. 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, nº 16, p. 105-138, maio 2007.
- BENTO, Berenice. Necrobiopoder: Quem pode habitar o Estado-nação?. **Cad. Pagu** [online], n.53, jun. 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/18094449201800530005>>. Acesso em: 18 jan. 2019.
- BERNER, Boel. The making of a risk object: AIDS, gay citizenship and the meaning of blood donation in Sweden in the early 1980s. **Sociology of Health & Illness** Vol. 33 No. 3 2011, pp. 384–398. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1467-9566.2010.01299.x>>. Acesso em: 27 maio. 2019.
- BONDO, Pitra António dos Santos. **Princípio da não discriminação**. 2015. 57f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica Portuguesa. Faculdade de Direito – Escola do Porto. Disponível em: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18259/1/FINAL_Tese%20Pitra%20Bondo.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.
- BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. **Resolução – RDC nº 34, de 11 de jun. de 2014**. Dispõe sobre as Boas Práticas no Ciclo do Sangue. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867975/RDC_34_2014_COMP.pdf/283a192e-eee8-42cc-8f06-b5e5597b16bd?version=1.0>. Acesso em: 08 jul. 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial**, Brasília, out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 jul. 2018.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 158 de 04 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. **Diário Oficial**, Brasília, fev. de 2016. Disponível em: <http://www.hemocentro.unicamp.br/dbarquivos/portaria_ms_n_158_de_04_de_fevereiro_2016.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2018.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 236 de 02 de maio de 1985. **Diário Oficial**, Brasília, maio de 1985. Disponível em: <sna.saude.gov.br/legisla/legisla/aids/GM_P236_85aids.doc>. Acesso em: 01 set. 2018.

- BRASIL, Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1.376 de 19 de nov. de 1993. **Diário Oficial**, Brasília,, dez de 1993. Disponível em: < sna.saude.gov.br/legisla/legisla/hemo/GM_P1376_93hemo.doc>. Acesso em: 01 set. 2018.
- CARBONARI, Pâmela. Brasil desperdiça 18 milhões de litros de sangue ao ano por preconceito. **Superinteressante**. Publicado em 18 maio 2016. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/saude/brasil-desperdica-18-milhoes-de-litros-de-sangue-ao-ano-por-preconceito/>>. Acesso em: 04 set. 2018.
- CARDINALI, Daniel Carvalho. A proibição de doação de sangue por homens homossexuais: uma análise sob as teorias do reconhecimento de Fraser e Honneth. **Revista Digital Constituição e Garantias de Direitos**. v. 9, nº 2. p.110-136. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12256/8485>>. Acesso em: 23 set. 2018.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**: direito constitucional positivo. 21. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015a. v. 2.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**: teoria do Estado e da Constituição. 21. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015b. v. 1.
- COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antonio Calixto. A sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do direito. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 9-24. jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/208/163>>. Acesso em: 07 out. 2018.
- COUTINHO, Rosinei. Pedido de vista suspende julgamento sobre doação de sangue por gays no STF. **Do UOL**. 26 de out. 2017. São Paulo. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/10/26/pedido-de-vista-suspende-julgamento-sobre-doacao-de-sangue-por-gays-no-stf.htm>>. Acesso em: 03 jan. 2018.
- FILANTROPIA.org. Doe Sangue. **Filantropia.org**. Disponível em: <<http://www.filantropia.org/DoeSangue.htm>>. Acesso em 10. out. 2018.
- FREITAS, Jayme Walmer de. **Doação de sangue como prestação social alternativa**. 2012. 181f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/5994/1/Jayme%20Walmer%20de%20Freitas.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 52, v. 2, p. 93-111, maio/set. 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.8864>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. Políticas públicas e os objetivos do desenvolvimento sustentável. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 155-178, ago./dez. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.25246/direito-desenvolvimento.v9i2.667>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

WELLINGS, K; *et al.* Views and experiences of men who have sex with men on the ban on blood donation: a cross sectional survey with qualitative interviews. *BJM*. Nº 343. Set. 2011. Disponível em: <<https://doi.org/10.1136/bmj.d5604>>. Acesso em: 27maio. 2019.

LOBO, Bárbara Natália Lages. **O direito à igualdade na Constituição brasileira**: comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e constitucionalidade das ações afirmativas na educação. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PEREIRA, Damião Teixeira. **Dignidade da pessoa humana**: Evolução da concepção de dignidade e sua afirmação como princípio Fundamental da Constituição Federal de 1988. 2006. p. 171. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/7425>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

RICHTER, André. STF adia **Decisão sobre restrição a doação de sangue por homossexuais**. Agência Brasil 25 de out. 2017 às 18h28. Brasília. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-10/stf-adia-decisao-sobre-restricao-doacao-de-sangue-por-homossexuais>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SILVA JÚNIOR, João Batista; Costa, Christiane da Silva; BACCARA, João Paulo de Araújo. Regulação de sangue no Brasil: contextualização para o aperfeiçoamento. **Revista Panam SALUD Publica**. v. 38, nº 4, 2015. p. 333-338. Disponível em: <<http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v38n4/v38n4a10.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2018.

SILVA, V. A. Da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 798, 2002, p. 23-50.

STAFFEN, Márcio Ricardo; SANTOS, Rafael Padilha dos. O fundamento cultural da dignidade da pessoa humana e sua convergência para o paradigma da sustentabilidade. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 26, p. 263-288, out. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v13i26.814>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

XIMENES, Rachel Leticia Curcio. **O princípio da proporcionalidade e o Direito Constitucional**. 2014. p. 157. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6528/1/Rachel%20Leticia%20Curcio%20Ximenes.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2018.

Do direito fundamental à uma educação para além dos padrões binários de gênero

*Valéria Silva Galdino Cardin*¹

*Nathan Pereira Cavalheiro*²

1 Introdução

As questões que envolvem o assunto de identidade de gênero ainda são consideradas um tabu na cultura brasileira, especialmente na educação de crianças e adolescentes. Falar da sexualidade humana para muitos, além de ser ofensivo é um assunto promíscuo direcionado de forma limitada apenas às pessoas de determinada faixa etária.

No entanto, o tema em questão aborda conceitos que ultrapassam o mero entendimento do senso comum. A discussão acerca da sexualidade dentro do ambiente escolar é sobretudo um exercício democrático de direito, pois a educação faz parte do rol de garantias constitucionais dos direitos fundamentais, sendo imprescindível que seu exercício seja de forma consciente, justa e igualitária.

A educação sexual que será abordada nesse trabalho, tem como escopo a luta contra a imposição da binaridade de gênero compulsória,

¹Pós-doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP); Docente da Universidade Estadual de Maringá e no Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Pesquisadora pelo ICETI; Advogada no Paraná; E-mail: <valeria@galdino.adv.br>.

²Bacharel em direito pela Unicesumar. Membro do grupo de pesquisa Dos Aspectos Controvertidos da Bioética no Direito (CNPQ). Membro do grupo de pesquisa Reconhecimento e Garantia dos Direitos da Personalidade (CNPQ).

trazendo à tona as discriminações exercidas contra crianças e adolescentes que não se encaixam na norma padrão.

Dentro desse aspecto, pergunta-se: Gênero é uma construção histórica cultural ou uma condição biológica dos seres humanos? O modelo de educação binária adotado durante séculos, é realmente ideal para contribuir com a consciência social e a justiça? Quais os entraves culturais quanto a discussão da educação sexual nas escolas? Esses são os questionamentos que serão respondidos ao longo da pesquisa.

Para tanto, foi utilizado o método de abordagem indutivo para interpelar os fenômenos culturais que formam os padrões normativos de gênero e da sexualidade, levando a temática em um plano mais abrangente e teórico. Foi utilizado também o método histórico, ao tratar da construção social de gênero, contrapondo o que a educação binária representou ao longo dos anos nas escolas do Brasil. Para que isso fosse possível aproveitou-se do método de investigação bibliográfico, ao qual foram coletados dados em livros, artigos científicos, jurisprudências e reportagens acerca do tema.

2. Do direito fundamental à educação sob uma perspectiva do não-binarismo

Os direitos fundamentais sofreram por transformações ao longo dos anos, especialmente após o advento da atual Constituição Federal, onde houveram mudanças significativas que elevaram os conceitos inerentes aos direitos humanos e sociais. Trouxeram ainda, a retomada dos ideais republicanos da revolução francesa que almejavam a igualdade, a liberdade e a fraternidade como princípios norteadores do direito, convertendo o papel do Estado de “senhor dos cidadãos”, para o “protetor supremo” deles.

A concepção dos direitos fundamentais, está diretamente ligada com os direitos humanos, são normas jurídicas que se destacam por serem essenciais, sem as quais a pessoa humana não teria condições de viver.

Formam assim, um conjunto de normas pautadas na ideia jusnaturalista. Pleiteia-seum conjunto de direitos que possuem ideias universais e imutáveis de justiça independente da vontade humana.

Para Caio Eduardo Costa Cazelatto:

Os direitos fundamentais refletem uma construção axiológica advinda de lutas sociais em face da vulnerabilidade do sujeito frente ao Estado, surgindo no mundo jurídico com as características de historicidade, universalidade, essencialidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, indivisibilidade, interdependência e vedação do retrocesso (CAZELATTO, 2018, p.5).

Nesse aspecto, a Constituição Federal aborda a educação como um direito fundamental de cunho social, onde a base nacional é garantida privativamente pela União conforme previsão expressa do art. 22, XXIV. Ademais, aduz no seu art. 23, V, que é competência comum dos estados membros, do Distrito Federal, dos municípios, juntamente com a União assegurar o acesso amplo à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação. Verifica-se, dessa forma, que o direito à educação é interesse comum de todos os entes da Administração Pública Direta, demonstrando a grande preocupação e importância desse instituto constitucional dentro da ordem social brasileira.

Porém, na atualidade, o modelo adotado para educar as crianças e os jovens no Brasil é denominado como “educação binária” (SOUZA, 2017). Isto é, meninos e meninas são tratados de forma distinta, recebem uma educação traçada em discursos opressores, que reproduzem diferenças e desigualdades de gênero. Isso impede que as singularidades das crianças e dos adolescentes se manifestem naturalmente, de forma livre e particular, pois dentro da escola considera-se que as competências e comportamentos atribuídos a cada um são originalmente definidos exclusivamente por atributos de caráter biológico feminino ou masculino.

Chama-se por binário de gênero a classificação que divide em duas categorias de identidade o “sexo” e o “gênero”, de formas distintas, que por sua vez são colocados como existentes apenas o homem/masculino e

a mulher/feminino. Esse sistema adotado como norma geralé imposto como natural ao ser humano, no entanto a teoria de gênero entende que tudo seria parte de uma construção social. Questiona-se o pensamento pautado na ideia de que a biologia é o destino dos corpos humanos, e para contrapor esse conceito, a filósofa Judith Butler entende que há de fato uma distinção entre sexo e gênero, e que esse é culturalmente construído não sendo meramente um resultado casual do sexo biológico e tão pouco fixo a ele (BUTLER, 2003, p. 24).

A identidade de gênero parte de uma observação individual, formada no íntimo de cada ser que por sua vez não pode ser considerada natural pois envolve vários fatores, como o próprio reconhecimento pessoal, a família, a vivência escolar, e as experiências alcançadas ao longo da vida.

Segundo Cristina Veloso de Castro, a identidade de gênero está relacionada com uma questão particular de autoconhecimento, é como determinada pessoa se sente em relação a sua identidade sexual. O papel de gênero está ligado com a prática do aprendizado recebido ao longo da vida e tem por objetivo reproduzir uma performance comportamental (CASTRO, 2016, p. 33), mas por se tratar de uma construção pode sofrer alterações conforme a cultura e as vivências diferenciadas de cada pessoa, sendo que é exatamente que por essa razão que a escola é um fator primordial dentro da construção da identidade de crianças e dos adolescentes, visto que nesse ambiente se propaga o conhecimento de múltiplas formas, inclusive de identidade de gênero.

O cotidiano da escola é um campo de acontecimentos e aprendizados, sobretudo um dos primeiros da vida em sociedade, quando o ensino infantil, fundamental e médio está associado à uma linha binária de gênero, conseqüentemente tem-se a divisão da humanidade em apenas duas categorias, excluindo aqueles que não se encaixam nesses padrões normativos.

Ismael Francisco de Souza e Maria Carolina dos Santos Costa, na pesquisa intitulada como “educação não binária de crianças e adolescen-

tes e a implementação de políticas públicas para a promoção da orientação agênero”, expõem o entendimento de que:

Estes descritos são os padrões que mais são socialmente aceitos atualmente. As privações de algumas atividades e as induções de alguns comportamentos fazem com que a criança tenha atividades mais amplas inibidas e acabe não desenvolvendo habilidades que lhe seriam natas, limitando suas iniciativas e suas aspirações.(SOUZA; COSTA; 2017)

O Brasil constitui um Estado social de direito que se espelha na democracia por previsão expressa constitucional. Para considerar a educação uma formação social democrática, precisa-se levar em consideração o conjunto das relações e práticas sociais desenvolvidas dentro da instância educacional de ensino de crianças e adolescentes.

Para Mila ZeigerPederoso Domingues:

A democracia defende o direito de participação de todos em todas as decisões que favoreçam a qualidade de vida em sociedade. Para que haja essa verdadeira participação todos os indivíduos necessitam conhecer e viver desde sua infância os princípios democráticos desenvolvendo assim sua “autonomia democrática.

Quando se fala em democracia autônoma, é importante lembrar que deve existir o reconhecimento do direito de escolher um próprio caminho de vida, para que assim seja exercido de fato a autonomia almejada, e sobretudo ser respeitado nessas escolhas, podendo ter a oportunidade de viver de modo digno e satisfatório em qualquer cenário que se for escolhido, de acordo com as próprias aptidões, valores e desejos, é a solidificação do direito de ser diferente, que atualmente chama-se de diversidade.

Defender uma educação que não seja fundamentada no binarismo heteronormativo, é defender acima de tudo a democracia e o direito fundamental à uma educação justa e igualitária, que não dissemina diferenças sexuais e de gênero, que dá a oportunidade de livre escolha às

crianças e adolescentes que não se encaixam nos padrões normativos impostos.

3. Do plano nacional de educação

Uma proposta de educação que seja realmente inclusiva para a sociedade, deve observar à novidade que cada tempo possui. Deve estar atenta à prática da não disseminação do ódio pelo que é diferente, e não pode lançar um olhar que seja acusador, pois a missão da escola é o compromisso com o conhecimento, que sempre transita e renova com o tempo.

Entender o conhecimento e o pensamento como fatores históricos sociais possibilita superar premissas que impedem uma visão mais ampla das formas de assimilação e de construção da realidade.

Discutir gênero nas escolas é importante para a construção da justiça social, pois proporciona o debate das questões acerca das diferenças impostas entre homens e mulheres. Há uma tendência a entender que as distinções entre os gêneros são naturais e não formadas culturalmente, deposita-se uma série de expectativas em relação ao comportamento do que é ser homem e do que é ser mulher.

Por essa razão duas premissas precisam ser quebradas, o essencialismo que impõe uma determinação biológica e o universalismo que pressupõe a repetição “do mesmo” em todos os seres humanos, impossibilitando a visualização da multiplicidade humana (LESSA, 2013, p. 115).

As escolas democráticas conseguem cumprir com essa tarefa, no entanto ainda existem muitas barreiras para serem superadas, exemplo disso está na base nacional comum curricular de ensino no Brasil, homologada em 2017 e a proposta pelo Plano Nacional de Educação, que é um documento norteador que estabelece os objetivos de aprendizagem de todos os estudantes desde do ensino infantil até o ensino médio.

A Emenda Constitucional nº 59/2009 alterou a condição do Plano Nacional de Educação (PNE), que passou de uma disposição transitória

da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996) para uma exigência constitucional com o período de 10 anos de vigência. O plano também passou a ser o meio de articulação do Sistema Nacional de Educação, com previsão do percentual do Produto Interno Bruto (PIB) para o seu financiamento. Portanto, o PNE deve ser a base para a elaboração dos planos estaduais, distrital e municipais, que, ao serem aprovados em lei, devem prever recursos orçamentários para a sua execução (BRASIL, 2018, p. 5).

No ano de 2014, o Plano Nacional de Educação foi aprovado pelo Congresso Nacional, e gerou muitas polêmicas pois em seu conteúdo continha metas relacionadas ao combate à discriminação e a desigualdades de gênero. No entanto, mesmo sendo um assunto de extrema importância para o desenvolvimento das crianças e adolescentes, o tema sofreu forte resistência pelos setores conservadores, e foi ilegalmente retirado dos Planos de Educação de alguns municípios e estados (EBC, 2016).

Os Parâmetros Curriculares Nacionais são aqueles que disciplina particularmente o ensino fundamental. Nesses documentos as questões de gênero aparecem, evidenciando um cuidado extremo ao serem tratados no texto legal, com muitos dos aspectos relativos aos significados e às implicações de gênero nas relações e nos conteúdos escolares, com um aparato de certo receio ao tratar da própria palavra.

Dois temas foram excluídos do plano nacional de educação, um acerca da sexualidade humana e o outro sobre identidade de gênero. Foram retirados trechos que conscientizavam os estudantes a respeitarem a orientação sexual dos demais alunos, além de oprimirem a palavra gênero em muitas partes do documento (EBC, 2017).

A respeito do tema, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, manifestou seu entendimento postulando que:

Por óbvio, tratar de tais temas não implica pretender influenciar os alunos, praticar doutrinação sobre o assunto ou introduzir práticas sexuais. Significa ajudá-los a compreender a sexualidade e protegê-los contra a discriminação e a violência. Impedir a alusão aos termos gênero e orientação sexual na es-

cola significa conferir invisibilidade a tais questões. Significa valer-se do aparato estatal para impedir a superação da exclusão social e, portanto, para perpetuar a discriminação. (O GLOBO, 2017)

Quando a escola por meio de uma visão pluralista aborda questões que envolvem gênero e sexualidade, mostra-se às crianças e aos adolescentes que tudo que existe na sociedade faz parte de uma construção social e cultural e que por isso, acabam sendo mutáveis.

Oferecer uma perspectiva histórica ao aluno, de que “nem sempre foi assim e nem sempre vai ser assim”, instiga as jovens mentes a refletirem acerca dos papéis sociais que cada um interpreta dentro da sociedade e conseqüentemente, essa reflexão irá desencadear um progressivo pensamento de liberdade e autonomia, que refletirá em toda a sociedade.

Mesmo sendo direitos importantes que fazem parte da democracia, e que embora sejam considerados fundamentais, a liberdade e a autonomia são muitas vezes restringidos de forma arbitrária por bancadas religiosas que impedem que discussões como essas, sejam debatidas nas escolas.

Sendo a escola um local fundamental para romper estigmas e dogmas, a omissão em debater temas como a educação sexual, identidade de gênero e orientação sexual, gera não só a alienação de jovens, mas também acarreta em múltiplas conseqüências, pois são temas que servem para conscientizar os jovens à problemas como a da gravidez na adolescência, ou como evitar as doenças sexualmente transmissíveis, a periculosidade do aborto clandestino para as mulheres, a ausência de planejamento familiar e ensina até mesmo a defesa contra possíveis abusos sexuais.

A negação de temas tão relevantes dentro do ambiente escolar, geramos sobretudo a restrição de direitos constitucionais, como o direito a igualdade, a liberdade de escolha, previstos no art. 5º da atual Constituição Federal. Ressalta-se, que são esses direitos que garantem o livre exercício da identidade de gênero e o reconhecimento de cada indivíduo dentro da sociedade.

No que se refere ao princípio constitucional da isonomia, este consiste em assegurar a todos os indivíduos os mesmos direitos e

prerrogativas de maneira igualitária. Como Rui Barbosa diz: "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desiguam"(BARBOSA, 1999, p. 26).

Para as pessoas transexuais o ambiente escolar é na grande maioria das vezes um lugar hostil e de grande violência tanto psicológica como física, o transexual rompe com a regra binária de gênero, na prática são as subversões de uma ordem estabelecida, a da cisgeneridade.

Cisgênero é aquela pessoa que se identifica com o gênero designado ao nascer, por exemplo aquela pessoa que nasce com os órgãos sexuais femininos e se identifica como mulher.

As pessoas transexuais, como a própria nomenclatura diz, transcende esse conceito, são sujeitos que ao nascerem são designados com um gênero oposto daquele que se identifica. Alguns escolhem pelo tratamento hormonal e intervenções cirúrgicas de readequação sexual, outros apenas se auto reconhecem para o gênero oposto, sem que haja necessariamente o uso de hormônios ou cirurgias.

Saliente-se que gênero na prática são interpretações dos papéis sociais que definem o ser feminino e o ser masculino, ou seja, são imposições de ordem. Automaticamente a ordem cisgêneroheteronormativa exige a coerência total entre um sexo, um gênero e o desejo sexual. Dessa forma o papel atual de gênero seria reproduzir uma ilusória noção de estabilidade, onde a matriz heterossexual estaria resguardada por dois sexos fixos (SENKEVICS, 2012).

Nesse sentido leciona Guacira Lopes Louro contradizendo a norma:

É necessário demonstrar que não são propriamente as características sexuais, mas é a forma como essas características são representadas ou valorizadas, aquilo que se diz ou se pensa sobre elas que vai constituir, efetivamente, o que é feminino ou masculino em uma dada sociedade e em um dado momento histórico.

A manutenção da ordem compulsória, se consubstancia pela repetição de atos, gestos e signos do âmbito cultural que reforçam a construção

dos corpos masculino e femininos, seria o que é ser homem ou ser mulher, tal como vemos na regra cisgênera atualmente.

A escola, portanto, está fazendo parte dessa ordem compulsória. É um instrumento social que fortalece as desigualdades de gênero, e que principalmente marginaliza e exclui aqueles que não se enquadram na norma padrão. Cabe ao Estado garantir os direitos básicos fundamentais que excluem essa minoria, além de ter responsabilidade de ampliar a discussão que cerca o assunto de identidade de gênero e sexualidade dentro das escolas.

4 Do estudo de gênero e diversidade sexual na escola sob uma perspectiva queer

A expressão *queer* advém do termo ridículo, excêntrico, raro, extraordinário. Inicialmente era uma terminologia usada de maneira pejorativa contra homens e mulheres que eram identificados como pessoas “diferentes”, na sua grande maioria, pessoas LGBT’s (LOURO, 2001).

Essa força de invocação do insulto, para Judith Butler (2003), ecoa e reitera os gritos de muitos homofóbicos e ao longo do tempo adquire força e resistência, esse termo com toda sua carga de estranheza é assumido por uma vertente dos movimentos LGBT’s, mais precisamente das pessoas transgêneros, que são caracterizados por não se identificarem com o gênero atribuído ao nascimento, mas sim com gênero oposto, ou uma terceira categoria de gênero como por exemplo, as travestis.

A teoria *queer*, adota um pensamento que permite compreender a multiplicidade e a fluidez das identidades de gênero, sugerindo uma nova forma de pensar a cultura, o conhecimento, o poder e especialmente a educação (LOURO, 2001).

As questões que envolvem as discussões acerca de gênero e diversidade sexual no âmbito escolar devem ser debatidas por meio de uma visão que garanta o respeito e a concretização dos direitos humanos para crianças e adolescentes.

Porém, a escola que foi construída pela sociedade ocidental moderna, disseminou diferenças sociais ao invés de unificar. Separou homens de mulheres, crianças de adultos, católicos de protestantes, fez diferença entre ricos e pobres, e imediatamente separou as meninas dos meninos (LOURO, 2003, p. 57).

Foi concebida inicialmente para acolher apenas uma determinada parte da sociedade, que eram na sua grande maioria brancos e ricos. Mas lentamente o ambiente escolar foi sendo requisitado por novos grupos sociais que trouxeram transformações diversas à instituição.

Atualmente, o cenário do ensino escolar tem o dever de ser um lugar mais acolhedor que deveria promover a igualdade, no entanto, na prática, o que tem-se difundido é a promoção das desigualdades sociais por influência da educação binária de gênero dentre outros fatores.

A escola para crianças e adolescentes deve ser um espaço inclusivo pedagógico que transmite a equidade de dentro para fora. Ou seja, é nesse espaço que inicialmente a criança e ao adolescente aprendem as diferenças sexuais como uma forma política, saem desse ambiente formando ideias que refletem nas suas vidas de maneira positiva ou negativa.

Quando a educação torna-se um lugar de respeito mútuo a vida em sociedade se desenvolve da mesma forma, pois o berço escolar é onde inicia a conscientização da coletividade.

5. Considerações finais

Gênero é construção social, e não produto direto da biologia de um indivíduo. Há uma socialização compulsória que condiciona os corpos humanos à um determinado destino biológico, já o sexo é tudo aquilo que define fisiologicamente uma pessoa à determinado gênero.

Existe uma certa distância entre sexo e gênero, resultado de uma diferença entre o que é natural e cultural. Gênero é culturalmente construído, já o sexo é delimitado fisiologicamente. O sexo é estabelecido

biologicamente tendo como base a genitália, cromossomos sexuais e hormônios com os quais se nasce.

Embora a definição do que é ser mulher ou homem tenha emergido de um fator natural, o sexo não determina por si só a identidade de gênero e a orientação sexual de ninguém. Um indivíduo pode ter outra identidade que reflete em uma diferente representação de gênero, exemplo disto são as pessoas transexuais, as travestis, e outras que não se encaixam nos padrões normativos, por essa razão os estereótipos de gênero são fatores culturais que reproduzem costumes e imposições educacionais de maneira desigual e injusta.

No ambiente escolar meninos e meninas são socializados em papéis diferentes, por uma pedagogia binária de gênero, que limita e restringi a liberdade de escolha de ser quem se quer ser. Isso contribui para o desenvolvimento das desigualdades de gênero, dentro e fora da escola. A partir disso, é notório a falta de representatividade das identidades de gênero divergentes da binaridade cis heteronormativa, provocada pela visão normatizadora da Educação Básica Brasileira, que insistentemente se nega a cumprir com o seu papel social, de educar para a diversidade e não somente para uma linha composta de sujeitos.

É necessário compreender que há uma parcela considerável de pessoas que não se enquadram nessa norma e que suplicam por reconhecimento, mas são constantemente marginalizadas. Por isso é imprescindível a imediata mudança do ensino escolar, para uma construção pedagógica que seja pautada na valorização da diversidade sexual e de identidade de gênero, eliminando o preconceito pela população LGBT, em especial às pessoas transgêneros.

6. Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BENTO, Berenice. **O que é transexualidade**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

BENTO, Berenice. **Direito à vida e ao próprio corpo**: intersexualidade, transexualidade, transplantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BRASIL, Ministério da Educação. **Planejamento da próxima década. Conhecendo as 20 metas do plano nacional de educação**,

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero, feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; BENVENTUO, Fernanda Moreira. Do reconhecimento dos direitos dos transexuais como um dos direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar do Mestrado**, Maringá, v. 13, n. 1, p. 113-130, jun. 2013.

CASTEL, Pierre-Henri. **Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do “fenômeno transexual” (1910-1995)**. São Paulo: Revista Brasileira de História, 2001.

CASTRO, Cristina Veloso de Castro. **As garantias constitucionais das pessoas transexuais**. Barigui: Boral, 2016.

CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. **Discurso de ódio e minorias sexuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; CARDIN, Valeria Silva Galdino. O discurso de ódio homofóbico no Brasil: um instrumento limitador da sexualidade humana. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, Maringá, v. 16, n. 3, p. 919-938, set./dez. 2016. ISSN 2176-9184. Disponível em: <periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5465/2893>. Acesso em: 10 nov. 2017.

CUNHA, Leandro Reinaldo. **Identidade de gênero e a responsabilidade civil do Estado pela leniência legislativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva**: o preconceito e a justiça. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

- DOMINGUES, Mila ZeigerPederoso. **Escola democrática, um caminho para um ensino de qualidade para todos**, 2008 Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/educacao/escola-democratica-um-caminho-para-um-ensino-qualidade-.htm>>. Acesso em: 13 set. 2018.
- EBC. **Entenda a polêmica sobre a discussão de gênero nos planos de educação**. 2016. Disponível em: < <http://www.ebc.com.br/educacao/2015/07/entenda-por-que-e-importante-discutir-igualdade-de-genero-nas-escolas> >. Acesso em: 13 set. 2018
- LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação. Uma perspectiva pós estruturalista**. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2003.
- O GLOBO. **STF suspende lei que proibia ensino sobre gênero nas escolas do Paraná**. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/stf-suspende-lei-que-proibia-ensino-sobre-genero-nas-escolas-do-parana-21491015>>. Acesso em: 14 set. 2018
- SENKEVICS, Adriano. **O conceito de gênero por Judith Butler: a questão da performatividade**.2012. Disponível em: <<https://ensaiosdegenero.wordpress.com/2012/05/01/o-conceito-de-genero-por-judith-butler-a-questao-da-performatividade/>>. Acesso em: 14 set. 2018
- SOUZA, I.F.; COSTA, M. C. S. **Educação não binário de crianças e adolescentes e a implementação de políticas para a promoção da orientação agênero**. 2017 Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16941>>. Acesso em: 19 set. de 2018.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord). **Bioética e sexualidade**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino; BRUNINI, Bárbara Cossettin Costa Beber. **Famílias: psicologia e direito**. Brasília: Zakarewicz, 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2017-04/mec-retira-termo-orientacao-sexual-da-versao-final-da-base-curricular> >. Acesso em: 14 set. 2018.

Diversidade sexual e educação: a escola como um local de reação às representações sociais

*Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega **

*Livia Neves Malta Curciolli ***

1. Introdução

O fim da década de 1980 inaugurou um período novo na história política brasileira. A redemocratização, chancelada pela promulgação de uma nova Constituição, assegurou direitos básicos de forma universal, garantindo a todos, sem distinção de qualquer natureza, o direito à saúde, à educação, ao trabalho, à liberdade, à igualdade, entre outros.

Essa oferta de direitos, contudo, chegou acompanhada de problemas entranhados na estrutura do País. A AIDS era epidêmica e o acesso à saúde deu visibilidade aos doentes, à doença e à sua forma de contágio. A educação, agora um direito universal e uma obrigação do Estado, precisou ser reformulada e era preciso ação do Congresso Nacional e de especialistas para regulamentar suas novas diretrizes.

O preconceito ascendente, somado às informações turvas que corriam alastradas sobre a doença contagiosa que matava aqueles indivíduos de comportamento questionável, fez surgir com força os movimentos

* Mestre em Direito Civil e Doutora em Direito Empresarial pela PUC SP, é professora titular da Universidade Federal de Goiás e no Programa de Mestrado da Universidade de Ribeirão Preto. Pesquisadora e extensionista.

**Discente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP com área de concentração em Direitos Coletivos e Cidadania. Especialista em Direito Processual Civil. Advogada. Endereço eletrônico: adv.liviamalta@gmail.com.

sociais em favor da aceitação das diversidades e da luta pela igualdade numa sociedade tão plural quanto a brasileira.

Tais movimentos ganharam os holofotes pois chamaram a atenção do Poder Público para a necessidade de elaboração e implementação de políticas públicas de educação para a diversidade e de saúde sem distinção para todos aqueles que se encontravam fragilizados naquele momento da história e, naturalmente, para as gerações que viriam futuramente.

A conexão entre a educação, a diversidade, a aceitação e o preconceito é evidente se considerarmos o contexto acima explicitado. E é essa conexão, ladeada pela carência de estudos acerca desses temas que justifica a produção deste trabalho.

O objetivo deste capítulo é analisar a importância do ambiente escolar no desenvolvimento das concepções das crianças e dos adolescentes acerca da diversidade sexual e das variadas identidades de gênero desenvolvidas e manifestadas ao longo da infância e da adolescência.

Para delimitação temporal dos anos escolares, a análise está restrita ao ensino fundamental, nos termos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, ou seja, do 1º ao 9º anos do ensino básico.

Além da revisão bibliográfica que conferiu supedâneo teórico ao trabalho, analisou-se também a Lei de Diretrizes e Bases da Educação e os Cadernos SECAD 4, da Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, do Ministério da Educação, do segundo mandato do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, de maio de 2007.

No primeiro item deste capítulo, apresentou-se o direito fundamental à educação como um direito fundamental de natureza social. Realizou-se um apanhado histórico de seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro, apurou-se as consequências da universalização desse direito e, por fim, realizou-se um breve balanço das alterações trazidas pela nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação editada após a redemocratização.

Em seguida, passou-se ao tema da diversidade sexual, abordando os conceitos relevantes e que merecem esclarecimento para os fins desta análise, como sexualidade e identidade de gênero. Ademais, fez-se breve análise histórica acerca do surgimento das polêmicas e dos preconceitos atinentes à diversidade sexual.

Após, introduziu-se o referencial teórico que embasou este estudo, sendo ele a teoria das representações sociais, importada da psicologia social, que explicou o modo como as informações são incorporadas e difundidas pela sociedade e de que maneira isso afeta a perpetuação do preconceito e da intolerância para com os diferentes.

Finalmente, o último tópico é destinado a relacionar o direito à educação e a função da escolar como local de transformação do ideário heteronormativo para ampliar a compreensão e o respeito às diversas formas de manifestação da sexualidade.

Trata-se de um texto monográfico cuja pesquisa tem caráter exploratório. Como metodologia, utilizou-se a crítica da legislação e a revisão de literatura, notadamente de artigos coletados na base de dados *Scientific Electronic Library Online* – SciELO, com pesquisas feitas por assunto com o apoio das palavras-chave “educação”, “ensino fundamental” “diversidade sexual”, “direito fundamental” e “preconceito”.

2. Direito fundamental à educação

O direito à educação é um direito constitucional. Está previsto no artigo 6º da Constituição Federal brasileira e tem estatura de direito fundamental de natureza social. Os direitos fundamentais recebem, em nosso ordenamento, enorme importância em razão da forma de Estado assumida pela Constituição de 1988, qual seja, um Estado social e democrático de direito.

O caráter de Estado social é valorizado pela Constituição logo em seu artigo 3º, quando, ao elencar os objetivos da República, visa a uma sociedade mais justa e igualitária. Soma-se a isso o fato de que a adoção

do modelo de Estado social exige do Poder Público políticas destinadas à realização do bem coletivo de forma efetiva, materializando os direitos sociais, tornando-os reais, muito além de meras exortações de direitos. Para Duarte (2002), na Constituição Federal de 88, a adoção de princípios, objetivos e fundamentos do Estado Social de Direito permitiu avançar com relação ao modelo de estado liberal que se restringia a fixar limites ao exercício do poder para garantir as liberdade individuais e estabelecer formas de participação popular na esfera política das decisões. ¹ “No âmbito desse Estado, de caráter prestacional, a positivação jurídica de valores sociais passou a servir de base não apenas à interpretação de toda a Constituição, mas à criação, direção e regulação de situações concretas”(DUARTE, 2002).

Nesse sentido, a Lei Maior prevê, em seu Título VIII, Capítulo III, uma seção unicamente destinada ao regramento geral da educação nacional, elencando o ensino fundamental – objeto deste estudo – como um direito público subjetivo, de prestação obrigatória a todos com idade entre quatro e dezessete anos e atribuindo ao ensino, de forma ampla, os princípios da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber e o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas.

Dessa forma, pode-se inferir que existe na Constituição uma garantia de direitos ainda mais amplos do que, à primeira vista, poderia parecer. É que não se trata apenas de um direito público subjetivo, ou seja, titularizado por todos indistintamente. Mais que isso, o direito à educação como um direito fundamental social é um espaço a ser ocupado de forma também indistinta, onde todos possam simplesmente ser, de forma plural e livre. Nesse sentido Duarte (2002) a prestação desses direitos não pode ser maculada com qualquer tipo de preconceito seja de origem, raça, sexo, cor, idade, respeitando-se o disposto no art. 3º, IV da Constituição Federal. Considera ainda que inobstante o reconhecimento

¹“A adoção dos princípios, objetivos e fundamentos do Estado social e democrático de direito fez com que a Constituição Federal de 1988 não se limitasse à fixação dos contornos do poder frente à liberdade do indivíduo, nem à organização das formas de participação popular na esfera das decisões políticas”(DUARTE, 2002).

da universalidade dessa categoria de direitos, “a sua implementação demanda a escolha de alvos prioritários, ou seja, grupos de pessoas que se encontram em uma mesma posição de carência ou vulnerabilidade”(2002).

Um aspecto relevante a ser considerado é que ao se falar de diversidade sexual e identitária, é possível elencar inúmeros argumentos que justificam a posição de vulnerabilidade dos indivíduos então inseridos em contexto diverso do chamado heteronormativo. Todavia, no que tange ao direito fundamental à educação, em razão de sua universalidade, os grupos vulneráveis são compreendidos como “alvos prioritários” não apenas para assegurar o acesso à escola, mas, sobretudo, para que, inseridos no ambiente escolar, sejam nele respeitados de forma equitativa.

As diretrizes da educação básica no país, Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Lei nº 9.394/1996, foi inteiramente elaborada no contexto de redemocratização do Brasil, após a promulgação da Constituição Cidadã. Também chamada Lei Darcy Ribeiro, educador brasileiro à época senador, foi aprovada sob fortes críticas e disputas partidárias, com a proposta de ser uma lei flexível, que pudesse se adaptar ao orçamento disponível pela União e às mudanças da educação nacional no curso do tempo.

A lei dividiu o ensino em dois, básico e superior, sendo aquele tripartido em educação infantil, ensino fundamental e ensino médio. Ao ensino fundamental, objeto desta análise, algumas inovações ensejam interesse. Outras, contudo, críticas contumazes. A Lei de diretrizes e bases, na análise pertinente de Cunha e Xavier (2009) conservou obrigatórias as disciplinas tradicionalmente ministradas como história, geografia, português e matemática, assim como a de educação artística no ensino básico, educação física e religião. Foram incluídas filosofia e a sociologia como disciplinas obrigatórias nos currículos do ensino médio (Decreto 11.684, de 2 de junho de 2008 e artigo 36 da Lei nº 9.394/1996). Segundo os autores o fundamento e argumento para a aprovação no Conselho Nacional de Educação e homologação pelo MEC

foi que o ensino dessas disciplinas proporcionariam ao aluno melhor compreensão da origem das diversidades e maior discernimento sobre questões de natureza ética, social e política. Quanto à religião, entendeu-se necessária para a formação do cidadão, sendo de oferta obrigatória e frequência optativa. De toda forma, o referido artigo 33 assegurou o respeito à diversidade cultural e religiosa e proibiu o proselitismo. Numa primeira redação, isso não deveria onerar os cofres públicos, mas a Lei nº 9.475, de janeiro de 1997 abriu a possibilidade de se aplicarem recursos públicos para viabilizar a oferta (CUNHA; XAVIER, 2009).

Em princípio considera-se positiva a obrigatoriedade de disciplinas tradicionais, por agregar à formação acadêmica dos educandos conteúdos relevantes para o desenvolvimento da linguagem escrita, do raciocínio lógico e da cultura geral, situando-os de forma crítica a respeito do local onde vivem e permitindo autonomia e liberdade no contexto que ocupam. Entretanto, trabalhar a diversidade apenas no ensino médio pode frustrar a expectativa de uma formação da criança aberta às diferenças. É criticável aguardar a chegada do ensino médio para trabalhar a compreensão da origem das diversidades por meio do ensino da sociologia e da filosofia. Isso não nos parece suficiente para alcançar a enorme pluralidade da sociedade brasileira, de característica multicultural, tampouco a capacidade transformativa da população, que está inserida num território de dimensões continentais, podendo nele transitar livremente. Mesmo porque as diversidades acompanham as vidas das crianças, adolescentes e jovens nas várias idades escolares.

Por último, o objeto de maior divergência e debate entre pesquisadores, políticos e movimentos sociais recai sobre a obrigatoriedade do ensino religioso no período escolar básico. Os argumentos são de que a escola é em regra o primeiro e de maior permanência espaço público da criança. E isso por anos consecutivos. Assim, é um espaço de aprendizagem de regras de convívio social e de participação política. Deve ser o lugar de iguais oportunidades por excelência. “Saindo da família, que em

geral é um agregado mais homogêneo, a escola pública é um lugar de convívio com a pluralidade política e cultural”(SEFFNER, 2015).

Por isso, no que respeita ao tema objeto desta análise, a escola como espaço pluriverso, é o local público por necessidade e excelência ideal para o desabrochar da manifestação das diferentes expressões de sexualidade e gênero que surgem no decorrer da formação da pessoa. E a expressão da sexualidade deveria ocorrer, num panorama de muitas possibilidades e liberdades, de forma concomitante à livre religiosidade, que é também carregada de pluralidades e mesmo de discordâncias.

Vê-se, então, que, no interior de cada campo temos um leque enorme de modos de ser e de crer (SEFFNER, 2015, p. 87). A sexualidade é um deles e merece respeito.

3. Diversidade sexual: conceitos, “pré-conceitos” e representatividade

Para abordar os conceitos que frequentemente confundem os leitores interessados na temática da diversidade sexual, importa distinguir gênero e sexualidade, pois embora os verbetes tenham muito em comum, tem significados diversos e isso gera dúvidas concernentes às identidades e visibilidades de grupos com características próprias, segundo Rocha e Rangel (2016). Essa confusão e o estabelecimento de padrões pode afetar a percepção dos próprios sujeitos, a respeito de si mesmos. “Realça-se, então, a relevância do debate acerca das sexualidades - “[...] heterossexualidades, homossexualidades, lesbianidades, transexualidades e outras formas de sexualidade que ainda estão por ser construídas” (TORRES, 2010, p. 10).

Se, de um lado, remete-se às formas de sexualidade construídas até hoje, como a homossexualidade e a lesbianidade, noutra ponta, o conceito de gênero escapa ao apelo sexual do tema da diversidade, pois se coaduna de forma estreita com construções sociais, históricas, culturais e políticas que permeiam os processos de configuração de identidades

masculinas e femininas. E assim é, porque o gênero se relaciona às características com as quais um indivíduo se identifica, sob as diversas dinâmicas da masculinidade e da feminilidade. Dessa forma, ficam delimitadas as diferenças conceituais entre identidade de gênero e sexualidades.

Historicamente, a emergência do debate em torno da diversidade sexual acompanhou a promulgação da Constituição de 1988 e a ascensão dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque a pauta da diversidade sexual está diretamente relacionada à ação dos movimentos sociais frente à epidemia de AIDS dos anos 1980 e à redemocratização do País, no final da mesma década.

Ocorre que a nova Constituição universalizou o direito à saúde por meio da criação do Sistema Único de Saúde (SUS) e garantiu a todos, indistintamente, o acesso a tratamentos médicos pela rede pública. Com isso, foram abertas as portas da saúde pública aos doentes de AIDS. Em seguida, com o intuito de controlar a epidemia do vírus HIV, iniciou-se a identificação padronizada das pessoas em chamados grupos de risco de contágio. Os critérios de criação dos chamados grupos de risco sempre estiveram relacionados à sexualidade, ao número de parceiros sexuais e ao uso compartilhado de drogas injetáveis. Destarte, homossexuais, prostitutas e adictos se tornaram alvo de “pré-conceitos” a respeito de quais indivíduos estariam sujeitos, *a priori*, à contaminação pelo HIV.

Nesse cenário, levanta-se a atuação dos movimentos sociais, gerando o debate sobre a pluralidade das expressões de sexualidade. Isso decorre do protagonismo dos ativistas já organizados desde a revolução sexual dos anos sessentas diante da necessidade de políticas públicas para o enfrentamento da AIDS. “A luta pela afirmação do direito a uma “sexualidade plena” defendida pelo feminismo e a defesa do direito a uma homossexualidade vivida fora do armário defendida pelo movimento LGBT caracterizaram os embates internos relativos às formas de luta contra a epidemia” (NARDI; RIOS; MACHADO, 2012, p. 257).

E é justamente o atuar desses movimentos que impulsiona o debate contemporâneo acerca da importância da educação – como abordado alhures – no enfrentamento da diversidade sexual e de gênero pela comunidade.

Os movimentos sociais, sobretudo o feminista e o LGBT, chamam a atenção da população para a inegável situação de vulnerabilidade em que se encontram aqueles que diferem de qualquer modo da relação heteronormativa construída para a manifestação da sexualidade e da identidade de gênero.

A vulnerabilidade se explica diante do fato de que os sujeitos que não se incluem no padrão comportamental imposto pela maioria – seja ela econômica, religiosa ou política – é aliado do convívio com seus pares e, inexoravelmente, acabar por enfrentar entraves vários para o alcance dos serviços e direitos mais basilares. Desse modo, a atuação dos movimentos sociais ganha relevo, pois, organizados, pressionam o poder público a formular políticas públicas de atendimento específico da população cuja identidade sexual difere da heteronormativa. Tal atuação, como se disse, foi fundamental à época da epidemia de AIDS e da universalização do direito à saúde e, felizmente, não se restringiu àquele período.

A movimentação popular ganhou força e destaque mormente a partir dos anos 2000 graças às conquistas que logrou em favor da população LGBT no tocante ao reconhecimento de direitos civis e à visibilidade alcançada em governos de viés popular, como os dos ex-presidentes Lula e Dilma Rousseff. Exemplos expressivos das conquistas brasileiras são o reconhecimento da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal, em 2011, e a posterior permissão, pelo Conselho Nacional de Justiça, de celebração de casamentos homoafetivos, em cartórios de todo o território nacional. Importante mencionar também a recente decisão da Corte Suprema na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275, em que autorizou a alteração do nome e do “sexo” no registro civil de transgêneros e transexuais, independentemente de cirurgia de redesignação sexual ou

de autorização judicial, mediante mera solicitação por via administrativa em que seja apresentado qualquer meio de prova.

4. A teoria das representações sociais e a compreensão psicossocial do preconceito

Há uma relação estreita entre o direito fundamental à educação e a discussão concernente à diversidade sexual. Tanto o primeiro, quanto a segunda foram inaugurados após a concepção do Estado social e democrático de Direito brasileiro e sofreram impactos diretos com a difusão de informações acerca da epidemia de AIDS dos anos 80 e a construção de preconceitos que subsistem até a contemporaneidade. Mais ainda, somente com um olhar crítico e acurada interpretação de notícias e informações foi possível a formação e consolidação de movimentos sociais cuja atuação culminou na criação de políticas públicas em prol da comunidade LGBT, conforme se disse anteriormente.

A teoria das representações sociais, cujo expoente é o romeno Serge Moscovici, traduz com clareza a origem psicossocial do preconceito e apresenta de forma sistemática a dinâmica arquitetada pela sociedade para construir padrões de “ser”, “existir”, “comportar-se” e “relacionar-se”. Esta análise toma esse referencial teórico como lastro para a compreensão da diversidade sexual e das variadas formas com que a sociedade a enfrenta e para a construção da relação intrínseca entre a importância da educação – mais especificamente, da escola – e a convivência com aquela diversidade.

No tocante à homossexualidade, Scardua e Souza Filho (2006) explicam que além da esfera conceitual há o compartilhar social de conhecimentos, originários de práticas entre indivíduos e grupos. A noção de homossexualidade é um constructo social e só pode ser compreendida no contexto sócio histórico, dinâmico. As sociedades contemporâneas são multigrupais, a dizer, engendram múltiplas “formas de ser, ver, compreender, representar, praticar, comunicar, vivenciar,

enfim, debater a homossexualidade. Nesse sentido a melhor compreensão desses grupos se dá pela teoria das representações sociais.

Explicam os autores (2006) que a preocupação de Moscovici ao desenvolver a teoria das representações sociais foi equacionar a recepção social do saber científico, visto o seu impacto social. Em outras palavras, procurava compreender como a ciência impacta a cultura e o conhecimento científico é absorvido pelo discurso leigo (Moscovici, 2003). A teoria das representações sociais atingiu amplo campo de abrangência, servindo para a descrição e a explicação de conhecimento social elaborado e difundido para lidar com “assuntos, eventos, indivíduos e grupos, que não se ajustam aos padrões culturais dos grupos mais numerosos, ou seja, o que é considerado estranho, indefinido ou incontrolável, como a homossexualidade”(2006).

Na mesma linha de entendimento, afirma a existência de dois processos referentes à construção da representação social, quais sejam a objetivação e ancoragem.

A objetivação é o transformar o objeto representado em algo objetivo, ou seja, passa-se do abstrato para o concreto. Citando Jodelet, afirmam os autores que este processo apresenta fases. A primeira, de seleção e descontextualização, quando as informações são escolhidas e utilizadas em função de critérios culturais e normativos dos grupos/indivíduos. A segunda referente à formação de um “núcleo figurativo”, “quando se dá a reprodução de uma estrutura conceitual a partir de uma estrutura imaginante visível”(2006). Numa terceira fase há naturalização, com a atribuição de qualidade da natureza aos elementos do núcleo figurativo, como se tivessem vida própria.

Por fim tratam da ancoragem, como o momento da inserção da representação e do seu objeto no social. Trata-se de como o conhecimento se ancora no pensamento pré-existente. Ainda aportando as ideias de Jodelet, explicam que “significação e utilidade são conferidas à representação social em relação ao seu objeto. Trata-se de produzir um

conhecimento para os fins práticos de cada sujeito social, tais como influenciar, sobreviver, entre outros”(2006).

Nota-se que, nos termos do cenário da redemocratização, com a universalização do direito à saúde, a criação do SUS, a epidemia de AIDS e a consolidação dos chamados grupos de risco, a sociedade atravessou o processo descrito pelos autores como “objetivação”. Assim, perpassando suas três fases, a estrutura da patologização da homossexualidade e o preconceito face àquilo que escapava ao contexto heteronormativo estava delineada. Observa-se primeiramente, a descontextualização das informações relacionadas à doença incurável que se espalhava de modo veloz. Em seguida, a associação do contágio aos grupos de risco, à sexualidade e, inevitavelmente, ao comportamento. Logo depois, a formação do “núcleo figurativo”, segunda etapa da objetivação, pela qual a doença se tornou, de forma generalizada, típica de homossexuais. Por fim, a naturalização do preconceito, ou a perpetuação da verdade criada pelas fases anteriores, resultando em crenças genéricas: homossexualidade é ruim/errado/prejudicial/imoral/arriscado etc.

Nesse contexto, a identidade sexual e o desejo são considerados manifestações socialmente transgressoras. Nesse sentido Scardua e Souza Filho (2006) afirmam que tais manifestações são tidas como contestação às normas socioculturais estabelecidas e rígidas. Elas estão sendo vistas como construções sociais e não algo natural e estável.

Isso traz a emergência, segundo os autores (2006), do debate público sobre a homossexualidade, e suscita tanto a defesa como o combate da mesma. O discurso contrário conta com argumentos tradicionalmente construídos, enquanto o favorável é mais recente. De toda a forma, o debate ainda é difícil, na sociedade. Os autores atribuem a resistência ao tema ao caráter privado das experiências homossexuais. Creem que apesar da ampliação de locais de “tolerância homossexual”, em muitos países, e de conquistas legislativas, nada foi capaz de desfazer posições desfavoráveis e de limitada razoabilidade sobre homossexualidade que permanecem no debate contemporâneo.

A guetificação da homossexualidade e a tardia e dificultosa possibilidade de expressão dos que lhe são favoráveis, ou favoráveis à igualdade de tratamento e de direitos para todos obsta à transformação da sociedade para a convivência diversificada e plural.

Por essa razão, é necessário a escola abrir-se ao debate sobre o tema, sem preconceitos e sem temores.

Considerando a universalização do direito à educação e a escola como local de materialização deste direito, nela se vê o espaço ideal para a construção de representações sociais mais libertárias e garantidoras de direitos e de desconstrução dos guetos de controle da presença da diversidade sexual.

5. Educação e diversidade sexual: a escola como local de desconstrução de representações sociais.

Para este trabalho, prioriza-se a análise do ensino fundamental como *locus* de desconstrução dos padrões de representações, pois, durante o período a ele correspondente, as crianças desenvolvem a consciência de si mesmas como seres inseridos coletivamente. Passam, então, a observar os outros tomando a si mesmas como parâmetro. Começam, então, a adquirir consciência da diversidade.

É durante o ensino fundamental, ainda, que a padronização de comportamentos e a comparação entre pessoas e grupos culmina na imposição de rótulos àqueles que porventura fogem ao “dever ser” da suposta normalidade. Rangel e Rocha (2016), explicam que ao se categorizar pessoas, imputam-se rótulos e identidades fazendo aflorar ações estigmatizantes e excludentes, Nessa formando-se as “representações dos outros que não se ajustam aos padrões culturais dos grupos mais numerosos, sendo considerados estranhos, como os que não correspondem à padronização heterossexual” (RANGEL e ROCHA, 2016).

Como se vê, os próprios rótulos dão origem às ações estigmatizantes. Assim, empurrados aos guetos do núcleo escolar, aqueles que

manifestam sua sexualidade ou apresentam sua identidade de gênero de maneira diversa do padrão heteronormativo passam a agir, de forma declarada, em conformidade com os rótulos que lhe foram atribuídos.

Nesse momento, é pertinente dar um passo atrás e enxergar o cenário com certa distância. A imputação de rótulos e apelidos pejorativos é resultante dos conceitos arquitetados anteriormente, à época da reação dos movimentos sociais em prol dos homossexuais.

Em outras palavras, o preconceito levado pelos educandos ao ambiente escolar é fruto das representações sociais a respeito do comportamento dos homossexuais e dos riscos de ser homossexual em nosso contexto social. O aspecto imoral da homossexualidade, que está por detrás dos rótulos, reflete, então, nas ações estigmatizantes.

Todo o ideário a respeito do que significa ser “gay” ou “lésbica” ou “homem” ou “mulher” e das consequências que disso decorrem é trazido pelos educandos ao ambiente escolar, muito mais do que elaborado dentro deste ambiente.

Dessa forma, pode-se afirmar, com o pensamento de outros autores (SILVA, 2001, p. 78; BARBOSA; OLIVEIRA; MACEDO, 2016) que as ações relacionadas ao tema se encontram numa zona limítrofe entre círculos, compreendendo se ali a normatividade pública onde estão os aspectos do ambiente escolar, que embora fora currículo oficial estabelecido nas diretrizes curriculares acabam contribuindo para aprendizagens sociais relevantes. No currículo oculto formam-se as atitudes, os comportamentos, os valores e as orientações.

É dizer, ainda que não haja previsão expressa no currículo prescrito, é razoável, senão imperioso, dizer que é função primordial da escola, ao lado da transmissão de conteúdos previstos na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, ensinar os educandos quanto à natureza das diversidades, mormente da diversidade sexual e de gênero, além da convivência respeitosa e pacífica em ambientes pluralistas, como as instituições de ensino.

6. Considerações finais

A educação básica acolhe indivíduos em fase importante do desenvolvimento, quando as noções e percepções sobre si e sobre o ambiente em que se vive tomam forma e se torna possível emitir opiniões e juízos de valor a respeito de si e do outro.

Consoante a teoria das representações sociais, a incorporação de informações descontextualizadas como verdades indissolúveis e a propagação dessas verdades acaba por ancorá-las aos valores da sociedade, sendo essa uma das origens do preconceito atinente à homossexualidade, sobretudo após os anos 80, quando da epidemia de AIDS e da universalização do acesso à saúde.

Na contramão do preconceito e na luta pela igualdade, a atuação dos movimentos sociais se mostrou importante, pois conseguiu acessar o poder público e pressioná-lo à criação de políticas públicas em favor das minorias, mormente da população LGBT.

Todavia, para que se superem os paradigmas delineados pelas representações sociais, a educação de mostra como o caminho mais eficaz e duradouro, pois tem o potencial de transformar, desde o início, a concepção das crianças acerca das diversidades sexuais e de gênero e de ensinar a convivência pacífica por meio da tolerância e do respeito pelas diferenças.

Isso se dá, porque a escola não é um local de mera transmissão de conteúdos predeterminados, mas é, também, um lugar de aprendizagens sociais relevantes como valores, atitudes e orientações, que podem e devem ser direcionadas às crianças como forma de ensinar a conviver, superando preconceitos e desconstruindo paradigmas.

7. Referências

BARBOSA, J. A.; OLIVEIRA, I. G.; MACEDO, A. C. Práticas pedagógicas e superação de preconceitos: discutindo gênero e diversidade na escola. Movimento – **Revista de Educação**. 2016, ano 3, n. 4, p. 246-266. Disponível em: <<http://www.revistamovimento.uff.br/index.php/revistamovimento/article/view/301>>. Acesso em: jul. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria da Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. **Gênero e Diversidade Sexual na Escola: reconhecer diferenças, superar preconceitos**. Brasília: SECAD, 2007. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/secad/arquivos/pdf/escola_protege/caderno05.pdf>. Acesso em: jul. 2018.

CUNHA, Luís Antônio; XAVIER, Libânia. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Disponível em: <<http://www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/dicionarios/verbete-tematico/lei-de-diretrizes-e-bases-da-educacao-nacional-ldben>>. Acesso em: jul. 2018.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educ. Soc.**, Campinas, vol. 28, n. 100 - Especial, p. 691-713, out. 2007. Disponível em: <<http://www.cedes.unicamp.br>>. Acesso em: jul. 2018.

LACERDA, Marcos; PEREIRA, Cícero; CAMINO, Leoncio. Um estudo sobre as formas de preconceito contra homossexuais na perspectiva das representações sociais. **Psicol. Reflex. Crit.** [online]. 2002, vol.15, n.1, pp.165-178. ISSN 0102-7972. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-79722002000100018>>. Acesso em: jul. 2018.

NARDI, Henrique Caetano; RAUPP RIOS, Roger; MACHADO, Paula Sandrine. *Diversidade Sexual: políticas públicas e igualdade de direitos*. **Athenea Digital. Revista de pensamento e investigación social**, [S.l.], p. 255-266, nov. 2012. ISSN 1578-8946. Disponível em: <<http://atheneadigital.net/article/view/v12-n3-nardi-raupp-machado/1111>>. Acesso em: abr. 2018.

ROCHA, Vanessa Lima Blaudt; RANGEL, M. A diversidade sexual permeada pela teoria das representações sociais: uma revisão narrativa. **Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação**, [S.l.], p. 783-794, jul. 2016. ISSN 1982-5587. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/iberoamericana/article/view/8215/5827>>. Acesso em: abr. 2018.

SCARDUA, Anderson; SOUZA FILHO, Edson Alves de. O debate sobre a homossexualidade mediado por representações sociais: perspectivas homossexuais e heterossexuais. **Psicol. Reflex. Crit.** [online]. 2006, vol.19, n.3, pp.482-490. ISSN 0102-7972. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-79722006000300017>>. Acesso em: jul. 2018.

SEFFNER, Fernando. Modus vivendi, liberdade religiosa e liberdade sexual: o que a escola tem a ver com isso? In: **Diversidade Sexual e Relações de Gênero nas Políticas Públicas: o que a laicidade tem a ver com isso?** Porto Alegre, Deriva/Abrapso, 2015, p. 81-104.

**Transexualidade:
análise dos reflexos jurídicos
na esfera civil decorrentes da readequação sexual**

*Monnizia Pereira Nóbrega*¹

*Marília Gomes Barbosa Ferreira de Sousa*²

1 Introdução

Objetivado a ser um instrumento norteador sobre a sexualidade dos indivíduos, a corrente doutrinária cristã introduziu o ensinamento que Deus fez homem e mulher, um para o outro, ajuntou-os, e viu que era bom. Esse princípio foi propagado durante toda a história da Igreja Cristã, nas Escrituras Sagradas, e ainda fundamenta algumas decisões sócio-políticas de nossa sociedade.

Todavia, sempre houve contraposição a esses princípios por parte daqueles que não aceitavam tal doutrina. A complexidade da sexualidade humana possibilitou divergentes posicionamentos comportamentais, formando uma gama ilimitada de pensamentos acerca do tema.

A parcela de pessoas que detinha a supremacia do poder na estrutura social extirpava os direitos daqueles que se posicionavam contrariamente. Essa discórdia perdura até hoje, apesar de ser ínfima se comparada com outras épocas.

¹Mestre em Sistemas Agroindustriais e professora do curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande.

²Formanda do Curso de Direito pela Universidade Federal de Campina Grande.

No campo sexual, os indivíduos que se manifestavam diferente do tradicionalismo heterossexual foram combatidos por muito tempo. A era da evolução dos direitos intrínsecos à pessoa humana refreou esse ímpeto dominador de minorias e deu voz àqueles que por muito tempo precisaram calar-se.

Diante de uma sociedade ainda maculada por pensamentos hostis e discriminatórios, utilizando-se diversas vezes os dogmas religiosos como proteção para difusão dessas ideias, surge a necessidade de abordagem da temática da transexualidade sob o enfoque de seus reflexos jurídicos ocasionados pela alteração do assentamento civil daqueles que têm identificação de gênero divergente do sexo biológico, buscando, a todo momento, a compreensão humanitária do tema, sem qualquer distorção eivada de preconceitos. Face à possibilidade de alteração do registro civil das pessoas transexuais, quais suas consequências jurídicas no que tange ao âmbito civil?

Em decorrência da crescente aspiração por reconhecimento conforme o sexo de identidade, percebe-se um insuficiente regramento específico, ocasionando o desdobramento de um Poder Judiciário normatizador e inclusivo, em contraste a um Legislativo composto por uma divisão de ideologias e dogmas divergentes.

A presente pesquisa iniciará com a conceituação e caracterização dos direitos da personalidade e sua evolução histórica, enfatizando a importância desses direitos à efetividade da garantia de uma vida digna, e demonstrará as inovações trazidas pela Carta Magna de 1988 e pelo Código Civil de 2002.

Em seguida, exporá acerca da transexualidade, especificando seu tratamento jurídico e social ao longo dos anos, e conceituando os mais diversos termos relacionados à temática.

Por fim, versará a respeito dos efeitos civis decorrentes da transexualidade, demonstrando o posicionamento dos Tribunais Brasileiros, bem como da ação legislativa e embaraços encontrados pelos ativistas

frente à oposição conservadora. Desta feita, poderá ser alcançada a inteligibilidade necessária para análise da temática.

Na presente pesquisa, utilizar-se-á o método dedutivo para análise dos reflexos jurídicos ocasionados após a readequação sexual, na esfera civil. Quanto ao procedimento metodológico, serão utilizados os seguintes métodos: o histórico-evolutivo, a fim de compreender a evolução dos direitos da personalidade e demandas impulsionadas pelas pessoas transexuais, bem como o entendimento jurisprudencial do judiciário brasileiro quanto ao tema; o estudo comparado, projetando uma análise do tratamento jurídico dispensado à viabilidade de alteração dos registros públicos dentre as possibilidades previstas na Lei Federal nº 6.015/1973 e os casos de transexualidade, e os reflexos jurídicos consequentes.

No que se refere às classificações metodológicas, quanto à natureza e à forma de abordagem do problema, a presente pesquisa é classificada como aplicada; quanto aos objetivos gerais, é classificada como explicativa; quanto aos procedimentos técnicos, é classificada como bibliográfica, visto que utilizará, como fonte, doutrinas e artigos relacionados especificamente ao tema, e documental, pois recorrerá a decisões judiciais e legislação pertinentes à temática; por fim, quanto à obtenção de dados, a modalidade utilizada na pesquisa será a coleta documental.

2 Dos direitos da personalidade

A pessoa física é o alvo direto e indireto das construções jurídicas. De um modo geral, ao se buscar soluções legislativas às mais diversas controvérsias pertinentes aos fatos, é mister que o ser composto pela razão seja investigado de modo a revelar-se em seus anseios, valores, costumes, natureza, dentre outros elementos que compõem essa cadeia ideológica. Esse ser é quem conduz o legislador na engenharia e construção da ordem jurídica.

Partindo do pressuposto de que as ações do indivíduo devem ser analisadas segundo suas condições físicas, psíquicas e morais, insta lembrar que o direito sobre a natureza humana nasce da necessidade que tem o homem em assegurar, quando aviltantes à ordem social, o cumprimento de todos os fatores envolvidos em torno de si, face às suas crenças, seus costumes e hábitos, como bem asseveram Farias e Rosenvald (2009, p. 124):

[...] o mais precioso valor da ordem jurídica brasileira, erigido como fundamental pela Constituição de 1988 é a *dignidade humana*, vinculando o conteúdo das regras acerca da personalidade jurídica. Assim, como consectário, impõe reconhecer a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e para a sua realização existencial, devendo garantir um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade (grifos dos autores).

Nesse diapasão, torna-se necessário, para o indivíduo, organizar a sociedade na qual está inserido, de modo que o respeito seja fator rudimentar em uma ordem natural para o desenvolvimento dos demais fundamentos envolvidos num processo de civilização.

A relação de convivência entre pessoas naturais é condição consequente à sociabilidade e à razão. O que distingue esses seres de outros também corpóreos é a espiritualidade, característica singular no conjunto de escala animal. Ao passo que tais condições transparecem como um privilégio, surge um desafio: a construção de um mundo cultural visando a atender às ilimitadas ambições do gênero humano. A ciência do Direito é obra do homem e, por conseguinte, suas ideologias atuam de forma decisiva, impregnando-a das imperfeições condicionantes da sociedade.

Acerca da personalidade, Azevedo (2014) diz que “ela consiste em uma aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres na ordem civil”. Todo direito está ligado a um sujeito que possui sua titularidade. O art. 1º do Código Civil estabelece que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. O Código atual emprega o termo pessoa em vez

de homem, como fez o anterior. Conforme preceitua Tartuce (2017, p. 112), a expressão utilizada pelo Código Civil de 1916 é “tida como discriminatória, inclusive pelo texto da Constituição de 1988, que comparou homens e mulheres (art. 5.º, I)”.

Não se pode confundir personalidade jurídica com os direitos da personalidade. Enquanto a primeira, conforme supramencionada, é a aptidão reconhecida pela ordem jurídica para exercício de direitos e contração de deveres, o segundo termo é referente a uma categoria especial de direito que visa à proteção da essência da pessoa e seus valores, características, anseios, natureza, razões fundamentais da vida do ser humano.

Os direitos da personalidade não se tratam de direitos à personalidade, mas versam sobre direitos intrínsecos da personalidade humana. Por essa razão, o objeto dos direitos da personalidade são bens que ganham maior valor jurídico, sem os quais, todos os demais perdem seu valor. Conforme preceituam Pamplona Filho e Gagliano (2017):

Conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais. A ideia a nortear a disciplina dos direitos da personalidade é a de uma esfera extrapatrimonial do indivíduo, em que o sujeito tem reconhecidamente tutelada pela ordem jurídica uma série indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros.

Ao passo que vem sendo valorizada a pessoa humana, a legislação dos últimos tempos vem sofrendo grande influência, e os direitos de personalidade vêm ganhando força e importância e, conseqüentemente, adquirindo notoriedade em seu plano jurídico. Para Miranda (1955 *apud* BORGES, 2005, p. 8), “a partir da teoria dos direitos da personalidade, ‘começou, para o mundo, nova manhã do direito’”.

Em conformidade com o dinamismo social, as necessidades do ser humano em se autoafirmar vão evoluindo e exigem reflexos do sistema jurídico, que precisam estar em constante atualização para propiciar o

bem-estar pleno ao indivíduo, garantindo a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, ao passo que os direitos da personalidade proclamam a salvaguarda da pessoa humana, determinando condutas negativas (obrigação de não fazer) da coletividade, a fim de não violar tais direitos de terceiros, as liberdades públicas atuam por meio de garantias constitucionais, compelindo o Estado a agir positivamente (obrigação de fazer) para garantir que estejam assegurados os direitos da personalidade.

A expansão e a consolidação do Cristianismo, perpetuador da filosofia do “amor ao próximo”, ocasionou à pessoa humana privilégios e direitos antes nunca desfrutados. Os cristãos defendiam que todos os seres humanos eram considerados pessoas, refutando a tradição romana de segregar e categorizar a sociedade, selecionando, assim, quem deveria possuir tal atributo. Farias e Rosenvald (2009, p. 135) explanam que:

Com o Cristianismo e a pregação de uma fraternidade universal, tem início um despertar para a proteção da personalidade humana. A Carta Magna Inglesa, de 1215, estabeleceu a proteção de aspectos fundamentais da personalidade humana, como a liberdade, vindo a reconhecer, implicitamente os direitos da personalidade. Mais adiante, a Declaração dos Direitos do Homem, em 1789, valorizou a tutela da personalidade humana e a defesa de direitos individuais.

A Carta Magna de 1215 protegia direitos fundamentais, tutelando, em especial, o direito à liberdade, atualmente, um pilar basilar dos direitos da personalidade. A cláusula mais importante de seu texto expressava a obrigação imposta ao monarca de assegurar o julgamento prévio conforme o devido processo legal, vedando a arbitrariedade do nobre e imposição de sua vontade.

Caminhando na linha do tempo mais próxima à atualidade, o momento após a Segunda Guerra Mundial foi marcado por intensas alterações na ordem jurídica, no tocante ao tratamento dispensado à pessoa humana. A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) apresentou ao mundo, em 1948, a Declaração Universal dos Direi-

tos do Homem, importante documento de reconhecimento e inserção da pessoa humana no centro do sistema jurídico.

A mudança do Estado Liberal para o Social aduziu que o antigo sistema jurídico não atendia mais às demandas da sociedade. Com isso, a pessoa humana passa a ocupar o núcleo do Direito, prestigiando, assim, sua dignidade e valores outrora esquecidos, e, por conseguinte, causando a proteção do desenvolvimento da personalidade.

A categorização dos direitos da personalidade como direito subjetivo é relativamente recente. A dignidade da pessoa humana passou a ser objeto de intensa preocupação do Direito a partir da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem. Esse direito já era alvo do interesse dos jusnaturalistas, que diziam que sua existência era pré-requisito à própria condição de homem. Em razão do reconhecimento de sua importância, os ordenamentos jurídicos passaram a positivar esses direitos, garantindo, assim, sua proteção.

Passaram a integrar o rol dos direitos da personalidade o direito à vida, à liberdade, à imagem, ao nome, dentre outros, todos possuindo o objetivo de garantir a plena realização do ser humano enquanto pessoa, sem qualquer viés patrimonial.

A Carta Magna de 1988 traz em seu art. 1º, III, a cláusula geral de tutela e proteção da personalidade do homem. A dignidade da pessoa humana se tornou fundamento da República, e o art. 5º apresenta um capítulo sobre direitos e garantias fundamentais. Por meio disso, os direitos da personalidade foram acolhidos e integrados no Direito Constitucional.

Com seu advento, a Lei Maior fez com que o Código Civil perdesse, definitivamente, o posto de Constituição do Direito Privado. A Carta Magna gradualmente foi inserindo conceitos e normas outrora reservados à codificação civil e à liberalidade particular, surgindo assim um novo sistema de normas e princípios, que de acordo com Farias e Rosenvald (2009, p. 36):

A esse novo sistema de normas e princípios, reguladores da vida privada, relativos à proteção da pessoa, nas suas mais diferentes dimensões fundamentais (desde os valores existenciais até os interesses patrimoniais), integrados pela Constituição define-se como *Direito Civil-Constitucional* (ou *Direito Civil constitucionalizado*) (grifos dos autores).

Corroborando nesse sentido, o Código Civil de 2002 segue o mesmo caminho e introduz em seu texto um capítulo sobre os direitos da personalidade. Dessa forma, foi consolidada no sistema civil a “Teoria dos Direitos da Personalidade”.

Assim, como bem assevera Mello (2017, p. 25):

Com o advento do Código Civil brasileiro de 2002 ganham destaque às cláusulas gerais e os direitos da personalidade. As cláusulas gerais devem ser interpretadas em consonância com os princípios fundantes da Constituição da República, já que o intérprete jurídico deve colorir a exegese civilística com os matizes axiológicos da principiologia constitucional. Nesse momento, os valores civilísticos de índole liberal devem ser mitigados pelos valores coletivos de solidariedade e justiça social.

Almejando a proteção da pessoa humana, o Novo Código abandona os traços patrimonialistas de seu antecessor e torna o ser humano o titular indiscutível dos direitos da personalidade. Vale destacar que esse direito abrange, também, os nascituros, embora não tenham, ainda, personalidade jurídica.

Assim, se insere no ordenamento jurídico brasileiro, pelo Código Civil de 2002, um capítulo específico sobre os direitos de personalidade, nos artigos 11 a 21. Neste rol, incluem-se o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à imagem, ao nome etc. Em ambos, a finalidade é propiciar ao ser humano a possibilidade de ter realização plena na sua condição de pessoa.

3 Da transexualidade.

A sexualidade humana há muito tempo é envolta em uma aura mística, em que, para muitos indivíduos, pouco se fala, ouve e, menos ainda,

entende-se. Há pouco tempo o sexo foi inserido nas conversas em família. Não era comum que os pais ensinassem aos filhos como desenvolver sua sexualidade. Nesse sentido, relata Sessa (2013, p. 25) que:

Se os adolescentes têm alguma dúvida, em vez de conversar com alguém que tenha o conhecimento para esclarecê-la, por vergonha, guardam-na para si, e quando adquirem coragem para perguntar, muitas vezes, procuram esclarecimento com pessoas não indicadas, em geral, os amigos de colégio, de rua, na internet, nas redes sociais. A maior parte dessas dúvidas refere-se às mudanças corporais, emocionais e cognitivas, as quais fazem com que eles não se enquadrem mais dentro da infância e nem na maturidade porque ainda não se tornaram adultos.

Em decorrência da falta de compreensão sobre o assunto, muitos preconceitos, enraizados até hoje, foram perpetuando-se e dilacerando a personalidade, as predileções e a autoestima de inúmeras pessoas que não se enquadravam no padrão aceito pela sociedade

Muitas dúvidas e desconhecimento ainda pairam sobre a temática do sexo e da identidade de gênero. Algumas vezes, a insipiência é proveniente do preconceito que penetra o tema; outras vezes é fruto da dinâmica e atualização – imprescindíveis à demanda – pela qual a matéria vem passando. De uma maneira ou de outra, a ausência de domínio sobre o assunto pode gerar cerceamento dos direitos de outrem.

Os conceitos são muitos, amplos e, por vezes, semelhantes entre si. No entanto, algo há em comum: o forte preconceito que as minorias sexuais sofrem desde os primórdios da humanidade e a estigmatização pela qual o movimento passa.

O sexo consiste em uma das características exordiais da cognição humana. Pode ser compreendido como os caracteres que distinguem macho e fêmea. Essa diferenciação entre ambos decorre da necessidade social em atribuir um dos dois sexos a cada indivíduo, surgindo o direito à identificação sexual. Szaniawski (1998, p. 34) assevera que:

A identidade sexual é considerada como um dos aspectos fundamentais da identidade pessoal, que possui uma estreita ligação com uma pluralidade de

direitos, que permitem o livre desenvolvimento da personalidade que possui em seu conteúdo a proteção à *integridade psicofísica*, a tutela à saúde e o poder de disposição de partes do próprio corpo, pela pessoa (grifos do autor).

O sexo consiste em uma das características exordiais da cognição humana. Pode ser compreendido como os caracteres que distinguem macho e fêmea. Essa diferenciação entre ambos decorre da necessidade social em atribuir um dos dois sexos a cada indivíduo, surgindo o direito à identificação sexual.

Envolta em polêmicas, a identidade sexual de um indivíduo inicia-se pela constatação e indicação de seu sexo biológico. Logo após o nascimento, examina-se a genitália do neonato e, de acordo com o paradigma genital desvelado, designa-se a qual classe a nova criança pertence – menino ou menina – sendo tal informação registrada no ofício competente.

Em diversos ramos do Direito, há consequências na designação do sexo civil, como percebe-se na Constituição Federal e no Direito Social, tendo em vista que há dispositivos legais protetivos em relação à mulher.

A indicação do status sexual é feita tão somente pelo exame visual da genitália do recém-nascido, ou seja, pela constatação do sexo biológico. Isso ocorre porque a criança ainda não possui suas capacidades psíquicas desenvolvidas. Esse procedimento delimitador, em alguns casos, torna-se insuficiente para determinação exata do sexo do indivíduo, pois, conforme abordado pelo aludido autor (1998), a definição sexual de alguém é composta por uma complexa conjugação de vários critérios de verificação.

A transexualidade foi compreendida, durante muito tempo, como um desvio, uma inversão sexual. A ideia de alguém transitando de um sexo para outro não era bem assimilada. As pessoas com alguma ambivalência sexual eram considerados monstros ou prodígios da natureza, de acordo com o que assevera Leite Júnior (2014). Quanto a esses indivíduos, a primeira concepção que surge é a do ser hermafrodita, que seria propriamente a mediana transição entre homem e mulher, sem que seja completamente um nem outro.

Conforme a humanidade foi avançando em pesquisa científica e em conhecimento, os conceitos outrora elaborados foram sendo evoluídos. A noção do indivíduo transitório – e monstruoso – com dois sexos perde espaço após o avanço da medicina e surge a nova compreensão do pseudo-hermafrodita. Nesse sentido, corrobora o referido autor (2014, p. 43):

Conforme Foucault (1983), é justamente a partir do século XIX que se desenvolve um dos elementos mais importantes de toda ciência sexual moderna: a busca pelo “verdadeiro sexo” das pessoas; a crença de que cada ser humano possui um único sexo, e que este sexo essencial, organizador tanto do desenvolvimento orgânico quando psíquico, pode ser mascarado pelos desvios do crescimento do corpo e/ou da mente. É desta forma que o antigo hermafrodita (possuidor dos dois sexos) será desacreditado pela ciência, e nasce o pseudo-hermafrodita, a pessoa com um sexo “verdadeiro” masculino, mas com caracteres físicos ou psíquicos do sexo feminino, ou vice-versa.

Como não havia, ainda, a distinção entre sexo, gênero, identidade de gênero, orientação sexual e demais termos relacionados à temática, defendia-se a ideia de que o nascimento com o órgão sexual masculino ensejava, automaticamente, a adequação de todos os caracteres inerentes à concepção de homem: interesse sexual por mulheres, roupas masculinas, e demais expectativas. Da mesma forma, ocorria com a pessoa que nascesse com a genitália feminina: concluía-se que nascendo com vagina, era mulher, usava roupas adequadas ao sexo e teria relações pelo sexo masculino. (LEITE JÚNIOR, 2014)

Surge a concepção de que há pessoas que portam uma espécie de disfunção ou transtorno em que morfologicamente possui um sexo, mas a psique apresenta gênero diferente, gerando um conflito entre mente e corpo, popularmente representada pela expressão “alma de mulher em um corpo de homem” (ou vice-versa). Nessa noção, o indivíduo se apresenta exteriormente como alguém pertencente ao sexo oposto, contrariando os aspectos biológicos e internos de sua constituição fisiológica. No avanço histórico acerca do tema, Leite Júnior (2014, p. 46) revela que:

Apesar desse debate estar implícito nos estudos da época, é apenas em 1910 que surge um dos mais importantes e completos estudos científicos sobre sexualidade e vestimentas: *Die Transvestiten*, traduzido para o inglês como *Transvestites – the erotic drive to cross-dress*, escrito por Magnus Hirschfeld, renovado médico e psicólogo alemão do período e um dos criadores da “sexologia”. Foi este livro que originou os termos “travesti” e “travestismo”, associando o uso de roupas do sexo “oposto” a um sentido sexual. O que Magnus Hirschfeld criou de novo foi o termo e o conceito de “travestismo”, forjando uma categoria clínica nova e dando um novo sentido à palavra “travesti”: uma pessoa (tra)vestida com roupas do sexo oposto por motivações eróticas. Segundo o autor, como vários estudiosos destas questões específicas na época estão começando a propor, homens e mulheres não são seres total e completamente distintos, pois possuem vários elementos de masculinidade e/ou feminilidade em comum. “Travestismo” para este autor passa a ser então *o forte impulso para usar as roupas do sexo que não pertence à estrutura relativa a seu corpo* – como um fim em si mesmo, interpretando este impulso como uma forma de *expressão da personalidade íntima* (HIRSCHFELD, 1991, p. 124). Assim, o foco desta nova categoria sexual passa a ser não tanto na aparência externa, ou seja, no uso das roupas “cruzadas”, mas na disposição psíquica interior que leva a isso. É apenas graças a esta psicologização e consequente subjetivação da troca de vestuários entre os sexos que nasce o moderno conceito de “travesti” relacionado ao campo de sexualidade (grifos do autor).

Benjamin (1966 *apud* LEITE JÚNIOR, 2014) traz uma diferenciação entre os travestis e os transexuais. Para ele, o segundo termo é relacionado a indivíduo com forte desejo, às vezes obsessivo, de transformação do estado sexual, inclusive alterando sua estrutura morfológica. O médico justifica que, enquanto o travesti retrata o papel feminino e a busca pelos seus traços, o transexual tem o desejo de ser e funcionar como mulher, pretendendo conquistar tantas características quantas forem possíveis desse sexo, sejam elas de ordem física, mental ou sexual. O clínico defende, ainda, que nos dois casos há distúrbios da orientação normal do sexo e do gênero.

Ainda sobre o conceito de transexualidade, Coelho e Sampaio (2014) afirmam que o termo refere-se a um desacordo entre o que costumeira-

mente chamam de sexo biológico e o gênero com o qual o indivíduo se identifica. Nesse sentido, elas complementam que “as pessoas transexuais se sentem, desejam viver e ser reconhecidas como uma pessoa de outro gênero que não o esperado pela sociedade, com base no sexo biológico do seu nascimento.” (COELHO; SAMPAIO, 2014, p. 13)

A respeito de como dá-se a transexualidade, Abdo (2011) afirma que, de um modo geral, ela tem início na infância ou na adolescência e tem como características o desejo irreversível de fazer-se sujeito do gênero oposto ao convencionalizado pelo sexo morfológico. Assim sendo, o transexual demonstra reconhecimento acentuada com o sexo oposto e sente-se desajustado em relação ao de seu nascimento. Com o passar do tempo, esse indivíduo desenvolve desejo em livrar-se de suas características sexuais primárias e busca adquirir as pertinentes a do sexo oposto. Segundo a mencionada autora (2011), há subtipos de transexuais, conforme sua atração por: parceiro(a) do mesmo sexo (transexual homossexual); parceiro(a) de sexo oposto (transexual heterossexual); e nenhum dos sexos, isto é, sem atração.

Bento (2008) assevera que aqueles que estão acostumados ao mundo binário (pênis-homens-masculino e vagina-mulheres-feminino) ficam confusos e perdem-se no encontro com o indivíduo que cruza os limites fixos do feminino-masculino e arriscam pleitear uma identidade de gênero diferente daquela indicada pela genitália. Diante desse contexto, percebe-se que o sistema binário (homem e mulher) não é tão simples. E menciona a autora (2008) que:

Afirmar que a transexualidade é uma experiência identitária, que está relacionada à capacidade dos sujeitos construir novos sentidos para os masculinos e femininos, não significa esquecer a dor e angústia que marcam as subjetividades daqueles que sentem e desejam viver experiências que lhes são interditas por não terem comportamentos considerados apropriados para seus sexos. As narrativas das pessoas transexuais nos remetem para um mundo de dúvidas, angústias, solidão e um medo constante de serem rejeitados. Nos relatos biográficos nota-se que sentem dificuldades em falar de seus conflitos porque não sabem como nomeá-los. Como explicar que seu

desejo é usar as cores, as roupas, os acessórios e reconstruir o corpo com signos pertencentes ao outro gênero? Como encontrar sentido para este desejo se o corpo carrega um genital que atua como o obstaculizador desse trânsito?

A sociedade tratou de “definir” os papéis de cada sexo. A confusão dessas atividades provocariam, direta e imediatamente, distúrbios na orientação sexual, supõem os que defendem o binarismo. A respeito, Bento (2008) diz que:

As reiteraões que produzem os gêneros e a heterossexualidade são marcadas por um terrorismo contínuo. Há um heteroterrorismo a cada enunciado que incentiva ou inibe comportamentos, a cada insulto ou piada homofóbica. Se um menino gosta de brincar de boneca, os heteroterroristas afirmarão: “Pare com isso! Isso não é coisa de menino!” A cada reiteração de um/a pai/mãe ou professor/a, a cada “menino não chora!”, “comporta-se como menina!”, “isso é coisa de bicha!”, a subjetividade daquele que é o objeto dessas reiteraões é minada. Essas verdades são repetidas por diversos caminhos, por várias instituições. A invisibilidade é um desses mecanismos, e quando “o outro”, “o estranho”, “o abjeto” aparece no discurso, é para ser eliminado. É um processo de dar vida, através do discurso, para imediatamente matá-lo. Quando um pai/mãe afirma: “Isso é coisa de bicha”, essa sentença tem múltiplos efeitos. A criança não entende muito bem o que é aquele “bicho-papão” que provoca a ira da/do mãe/pai. Sabe que não quer ser rejeitado. Sabe, portanto, que não poderá (ainda que não saiba como) agir como uma bicha.

Dessa forma, o ser humano nasce e é apresentado a uma única possibilidade de construção de identidades para a sexualidade e gênero. A heterossexualidade consegue manter um controle social minucioso, e como é na vida privada que a sexualidade de desenvolve, será no gênero que tentará manter o controle e produzir a heterossexualidade. À primeira expressão de “confusão” no sistema binário que uma criança faz, a sociedade interpreta como um indicador de homossexualidade e atua como repressor ao expressar que aquilo não é algo que possa ser feito

por alguém pertencente àquele sexo. Assim sendo, é ensinado desde o nascimento que o correto e normal é a heterossexualidade.

Um verdadeiro embate: de um lado, uma sociedade que impõe regras e obrigações a serem seguidas à risca, mesmo que a contragosto; de outro, pessoas que, à luz da história da humanidade, sempre viveram estigmatizadas e abatidas por crenças que não lhes pertenciam, e por não viverem de acordo com a expectativa de outrem. Manter-se sob a obscuridade e invisibilidade do preconceito alheio decapita sonhos e mutila almas, desde os primórdios da biografia do ser humano e, por maior que seja o avanço que a humanidade tenha transcorrido, só faz evidenciar um pensamento: muito ainda há para evoluir.

Para melhor entendimento do tema, da luta das minorias e da proporção do avanço da matéria, é mister que se faça uma análise de alguns termos importantes que se relacionam como a sexualidade do homem. Contudo, muito embora seja enriquecedor obter conhecimento sobre significações e conceitos, é imprescindível que não sejam ditados rótulos ou limites nessa temática, visto que ainda há muito a ser discutido e agregado ao conteúdo.

De acordo com o Dicionário Michaelis, sexo é o conjunto de características anatomofisiológicas que distinguem o homem e a mulher em “sexo masculino” e “sexo feminino”. Na complexidade contextual da sexualidade do ser humano, os indivíduos podem ser enquadrados (com as devidas limitações cabíveis a qualquer classificação) como cisgêneros ou transgêneros. O primeiro termo refere-se a pessoas que se identificam com o gênero correspondente ao seu sexo biológico, isto é, aquele que lhe foi atribuído no nascimento. No entanto, nem sempre há essa identidade entre o que é físico e o que é da psique. Nesse sentido, Jesus (2012, p. 10) assevera que “[...] nem todas as pessoas são assim, porque, repetindo, há uma diversidade na identificação das pessoas com algum gênero, e com o que se considera próprio desse gênero”.

Quando há essa incongruência, em que a pessoa não se identifica como pertencente ao gênero do sexo biológico, ocorre a transgeneridade.

Em relação a esse conceito, a mencionada autora (2012, p. 10) afirma que:

No Brasil, ainda não há consenso sobre o termo, vale ressaltar. Há quem se considere transgênero, como uma categoria à parte das pessoas travestis e transexuais. Existem ainda as pessoas que não se identificam com qualquer gênero, não há consenso quanto a como denominá-las. Alguns utilizam o termo *queer*, outros, a antiga denominação “andrógino”, ou reutilizam a palavra transgênero (grifos da autora).

Em relação à forma de tratamento, Jesus (2012, p. 23) reforça que “as pessoas transgênero devem ser tratadas de acordo com o gênero com o qual se identificam. Se você não está certo(a) quanto ao gênero da pessoa, pode perguntar, respeitosamente, como ela prefere ser tratada, e tratá-la dessa forma”.

A autora (2012) cita, ainda, dados alarmantes trazidos pela organização internacional “*Transgender Europe*”: no período de 2008 a 2011, trezentas e vinte e cinco pessoas trans foram assassinadas no Brasil, sendo maioria mulheres transexuais e travestis. Quanto a essa hostilidade, a escritora estabelece que:

Essas violações repetem o padrão dos crimes de ódio, motivados por preconceito contra alguma característica da pessoa agredida que a identifique como parte de um grupo discriminado, socialmente desprotegido, e caracterizados pela forma hedionda como são executados, com várias facadas, alvejamento sem aviso, apedrejamento. Tem sido utilizado o termo “transfobia” para se referir a preconceitos e discriminações sofridos pelas pessoas transgênero, de forma geral.

Enquanto o gênero refere-se a forma pela qual a pessoa se identifica como homem ou mulher, a orientação sexual refere-se à atração afetivossexual por um indivíduo de algum/ns gênero/s. Uma perspectiva não está, obrigatoriamente, ligada a outra, nem são interdependentes entre si. A orientação sexual não é induzida pelo gênero e, desta forma, nem todo homem é heterossexual. No mesmo sentido, a identidade de gênero

não é conduzida de forma a tornar todas as pessoas naturalmente cisgêneras.

Acerca da orientação sexual das pessoas trans, Jesus (2012, p. 12) precisa que:

Tal qual as demais pessoas, uma pessoa trans pode ser bissexual, heterossexual ou homossexual, dependendo do gênero que adota e do gênero com relação ao qual se atrai afetivossexualmente: mulheres transexuais que se atraem por homens são heterossexuais, tal como seus parceiros; homens transexuais que se atraem por mulheres também o são. Já mulheres transexuais que se atraem por outras mulheres são homossexuais, e homens transexuais que se atraem por outros homens também. Não se pode esquecer, igualmente, das pessoas com orientação sexual bissexual. Nem todas as pessoas trans são gays ou lésbicas, apesar de serem identificados como membros do mesmo grupo político, o de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT.

A transexualidade é uma questão de identidade. Não se trata de uma doença contagiosa, nem de perversão sexual. Recentemente, a Organização Mundial de Saúde (OMS) publicou uma decisão histórica: retirou a transexualidade da lista de doenças mentais da agência da ONU. A antiga classificação era de transtorno mental e, após a reclassificação, as pessoas que possuem a incongruência de gênero – os/as transexuais – se enquadrarão em uma condição relativa à saúde sexual.

Quando comparadas às pessoas transexuais, as pessoas não-transexuais são chamadas de cissexuais, da mesma forma que são diferenciados os transgêneros dos cisgêneros. Em relação ao conceito de transexual, Jesus (2012, p. 14) atesta que:

Há várias definições, clínicas e sociológicas, que descrevem a vivência transexual. Seria exaustivo citá-las. Se puder simplificar bastante, diria que as pessoas transexuais lidam de formas diferentes, e em diferentes graus, com o gênero ao qual se identificam. Uma parte das pessoas transexuais reconhece essa condição desde pequenas, outras tardiamente, pelas mais diferentes razões, em especial as sociais, como a repressão. A verdade é que ninguém sabe, atualmente, por que alguém é transexual, apesar das várias teorias.

umas dizem que a causa é biológica, outras que é social, outras que mistura questões biológicas e sociais. Vale dizer o mesmo para as pessoas cisgênero.

Intersexual é a pessoa cujo corpo varia do padrão pré-estabelecido socialmente, no que se refere a configurações genéticas, localização dos órgãos genitais, coexistências de gônadas, entre outros casos. Esse grupo de pessoas engloba diferentes variações do corpo humano e abrange os casos de hermafroditismo, seja o verdadeiro ou o pseudo-hermafrodita.

O termo travesti é utilizado muito antes do termo transexual e quase sempre é utilizado em um sentido pejorativo, associado à imitação ou fingimento. A forma de tratamento do termo deve ser utilizada sempre no feminino. A mencionada autora (2012, p. 17) afirma que “entende-se, nesta perspectiva, que são travestis as pessoas que vivenciam papéis de gênero feminino, mas não se reconhecem como homens ou como mulheres, mas como membros de um terceiro gênero ou de um não-gênero”.

Quando à expressão *crossdress*, variação de travesti, associa-se a homens heterossexuais, em alguns casos casados. Neste caso, não há uma busca de reconhecimento de gênero e, apesar de conhecerem diferentes experiências de gênero, se satisfazendo ao vestirem roupas femininas, não se sentem atribuídos ao sexo oposto ao biológico. Essas pessoas não se enquadram nem como transexuais, nem como travestis.

Os transformistas – *drag queens* e *drag kings* – são artistas que se caricaturam como pessoas do sexo oposto para fins artísticos e de entretenimento. Essa inversão de gênero é vivenciada com diversão para espetáculos, e não para identidade.

Escrever, falar ou se direcionar a essas pessoas com um vocabulário reconhecido por elas é a garantia de sua cidadania, inclusão social e valorização de uma luta que vem sendo propagada há centenas de anos.

4 Dos efeitos civis aplicados à transexualidade.

As pessoas transexuais, ao longo da história, constataram que um exame visual feito logo depois do nascimento não cerceava seus direitos à

readequação sexual. Após anos de luta e militância, a possibilidade de redesignação sexual foi inserida no ordenamento jurídico pátrio e, conseqüentemente, as homens/mulheres transexuais puderam, finalmente, ser civilmente reconhecidos/as como indivíduos do gênero de identidade.

Contudo, as pessoas trans ainda lutam pelo reconhecimento de alguns direitos essenciais. Cardinali (2018) assevera que as principais demandas são a possibilidade de alteração do registro civil (nome e sexo), o direito às transformações corporais amparadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), quais sejam a cirurgia de transgenitalização, intervenções hormonais, entre outras, e a demanda pela despatologização da transexualidade.

O movimento LGBT é uma mobilização social que agrega uma vasta gama de identidades e interessados, almejando um bem comum a todos: o reconhecimento de direitos a grupos há tanto tempo marginalizados e estigmatizados pela sociedade heteronormativa. Em relação ao movimento, Cardinali (2018, p. 11) afirma que:

[...] deve ser entendido também como um “movimento guarda-chuva”, na medida em que congrega diversas identidades e vivências, cada qual com suas pautas e necessidades específicas. Assim, o movimento LGBT é responsável pela formulação de uma ampla gama de pleitos, que podem atender todos os seus componentes ou interessarem apenas a uma das identidades (“letras”).

A última letra da sigla LGBT é correspondente a um grupo de pessoas que se caracterizam pelas demandas não baseadas na identidade de gênero cisgênero, enquanto as demais letras da sigla sustentam-se em uma orientação sexual não heterossexual. Cardinali (2018, p. 44) assenta que “esta letra designa a transgeneridade, categoria que inclui transexuais, travestis, entre outras experiências, e que são largamente consideradas como o setor mais estigmatizado do movimento LGBT”.

Em decorrência dos estigmas e hostilidades com que são tratadas as pessoas trans, durante muito tempo o ordenamento jurídico pátrio foi omissivo em relação às demandas pleiteadas pelo grupo e foi-lhes negado,

neste ínterim, o direito à readequação sexual e ao devido reconhecimento social com o sexo com o qual se identifica.

Durante anos, a cirurgia de transgenitalização foi tratada como mutilação do corpo humano por contrariar o disposto no artigo 13, do Código Civil, que estabelece que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Tendo em vista que a cirurgia de redesignação sexual, comumente chamada de cirurgia de mudança de sexo, tem como consequência a esterilização do indivíduo, por algum tempo foi vedada pela medicina tradicional brasileira.

O dinamismo evolutivo dos direitos da personalidade fez com que a proteção à identidade de gênero, gradualmente, fosse ganhando força. Movimentos sociais objetivando as demandas das pessoas transexuais cresceram e alcançaram visibilidade jurídica, o que encorpou o discurso protetivo dessas mobilizações.

Com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a vedação contida no mencionado artigo 13, da Compilação Civil, deu lugar a uma interpretação favorável à cirurgia de transgenitalização, tendo em vista que o termo “indicação médica” constante em seu caput abrange não somente o bem-estar físico, mas principalmente o psíquico, oportunizando, assim, uma vida digna às pessoas transexuais. (CARNACCHIONI, 2017).

Quando se faz uma ponderação entre os pontos favoráveis e desfavoráveis trazidos pela intervenção cirúrgica de redesignação sexual, o que fica evidenciado é que há uma tendência ao entendimento de que as vantagens são preponderantes, visto que somente por meio disso a pessoa trans alcançará o equilíbrio necessário para o desenvolvimento de uma vida feliz e livre, possibilitando o avanço de sua personalidade (SZANIAWSKI, 1999, *apud* FARIAS E ROSENVALD, 2009). Consoante a esse entendimento, Choeri (2004, *apud* FIUZA, 2014, p. 13) estabelece que:

Vale ressaltar que a cirurgia de transgenitalização não fere o princípio da intangibilidade da pessoa humana, uma vez que esta cirurgia tem por objetivo tutelar a própria vida do paciente em sua estrutura psicofísica, que sofre um mal psiquicamente incurável. Além do mais, ela possibilita ao transexual uma vida social digna.

Corroborando nesse sentido, foi aprovado o Enunciado 276, da IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo CJF em 2006, segundo o qual:

O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.

Antes disso, na I Jornada de Direito Civil, também promovida pelo CJF em 2002, foi aprovado o Enunciado 6, asseverando que “a expressão “exigência médica” contida no art. 13 refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente”. Na justificativa do referido Enunciado, foi mencionado que:

A não se entender como está no enunciado, corre-se o risco de ver excluída a intervenção cirúrgica empreendida com o fim de promover a conciliação somática com a definição sexual de natureza psicológica, em casos de transexualidade. Com as cautelas que assegurem o rigoroso controle da indicação, a acomodação cirúrgica de transexuais tem sido reconhecida em diferentes ordens jurídicas. Precisamente como expressão dos direitos da personalidade, a identidade entre o sexo somático e o psíquico não deve ficar afastada enquanto a matéria não seja objeto de lei especial, como parece ser o mais indicado. Especialmente não há motivos para considerar contrária aos “bons costumes” a intervenção de mudança do sexo somático, quando se sabe que “do ponto-de-vista médico chegou-se ao reconhecimento de que o sexo de uma pessoa não pode ser determinado unilateralmente à base dos achados corpóreos, senão que outros atributos, designadamente psíquicos, hão de ser também observados”

A partir dessa interpretação, o Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou a Resolução 1.955/2010, em que passa a legalizar a cirurgia que

readequa a genitália da pessoa transexual. A norma previu a possibilidade do procedimento ser feito em qualquer estabelecimento, ainda que os resultados da cirurgia e suas funcionalidades fossem questionáveis.

A diretriz estabeleceu, ainda, a obrigatoriedade do acompanhamento de uma equipe multidisciplinar, composta por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, para acompanhar o tratamento do indivíduo transexual, durante um período de pelo menos dois anos. Há vedação, ainda, para menores de 21 anos e o procedimento só poderá ser realizado em pessoas com características apropriadas para a cirurgia. A exigência inquietante trazida pela Resolução diz respeito à necessidade de diagnóstico médico de transexualismo, o que faz a transexualidade ser tratada como patologia.

Durante muito tempo, embora assumissem uma postura social de identidade de gênero oposta ao sexo civil, as pessoas transexuais só poderiam alterar seus registros de nascimento após sentença judicial. Não obstante seja uma consequência lógica ao ato cirúrgico, a alteração da anotação civil foi ponto de grande controvérsia, conforme menciona Carnacchioni (2017, p. 174):

A retificação do nome civil do transexual e a mudança de sexo sempre foi alvo de polêmicas e resistências. No entanto, a questão mais debatida está relacionada à origem do transexual, ou seja, alterado o prenome e o sexo, em decorrência da cirurgia, seria possível manter no registro alguma referência à origem, ou como diz Cristiano Chaves, “ao *status* anterior da pessoa”? O fundamento da alteração do prenome e do sexo no registro civil é princípio da dignidade da pessoa humana. Em razão disso, também ofenderia essa dignidade qualquer referência no registro civil ao estado físico anterior dessa pessoa. Seria inadmissível, por exemplo, inserir qualquer nota no registro para destacar essa condição anterior. Infelizmente, ainda há muito preconceito em relação a essa questão, mas o fato é que a dignidade plena dessa pessoa exige a vedação de qualquer referência ao seu estado anterior (grifos do autor).

A Lei Federal nº 6.015/1973, Lei de Registros Públicos, regulamenta a regra de impossibilidade de mutação do prenome civil, e suas exceções,

mas não elenca a possibilidade de alteração de nome em casos de transexualidade. Como fundamento para a modificação do assentamento civil, utiliza-se da previsão legal dos artigos 55, parágrafo único, e 58 da mencionada lei, segundo os quais:

Art. 55 Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo reconhecimento no ato.

Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão **prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores**. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.

[...]

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por **apelidos públicos notórios** (grifos nossos).

Por meio dessas previsões legislativas, a demanda encontra guarida, ainda que não específica, que permite a efetividade do direito fundamental das pessoas trans de serem reconhecidas e denominadas por quem de fato são. Antes de poder alterar definitivamente o prenome do assentamento civil, em algumas ocasiões, a pessoa transexual pode utilizar o nome social. Acerca dessa demanda, Cardinali (2018, p. 45) declara que:

Mesmo antes da alteração registral do nome, uma demanda desta população é a possibilidade de utilização do *nome social* (i.e., prenome com o qual a pessoa se identifica e se apresenta socialmente), o qual já é reconhecido por uma série de instituições e instâncias. Neste sentido, aliada ao tratamento pelo nome social, vem a possibilidade de se apresentar socialmente nestas instituições com o gênero de identificação [...] (grifos do autor).

A segunda maior demanda do grupo, com forte relevância, trata da possibilidade de acesso aos serviços de saúde oferecidos pelo SUS, e a viabilidade de custeio do processo transexualizador pelo ente público, incluindo a cirurgia de redesignação sexual. Segundo Cardinali (2018),

esse procedimento cirúrgico só é oferecido por quatro hospitais mantidos por universidades públicas: Universidade Federal do Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Universidade Federal de Goiás e Universidade de São Paulo.

Contudo, há um fator que obstaculiza o acesso ao procedimento: o SUS só autoriza tal procedimento mediante diagnóstico médico de Transtorno de Identidade de Gênero (TIG), o que corrobora para a disseminação da ideia de patologização da transexualidade e, consequentemente, para o aumento da estigmatização do grupo. O autor acima citado (2018, p. 46) reforça que “este processo é conduzido pelo saber médico e psicológico e muitas vezes oferece um único roteiro identitário, que exclui transexuais que não pretendem se submeter à transgenitalização, travestis e identidades de gênero não-binárias”.

Corolário a isso, surge outra demanda de igual importância para o grupo: a luta pela despatologização da transexualidade. Embora não seja tão recorrente no Brasil, o movimento trans internacional tem tratado essa abordagem com extrema prioridade. Em se tratando da mobilização nacional, não obstante seja unísono entre os ativistas que a transexualidade e a travestilidade não são patologias, é somente por meio desse diagnóstico que o SUS estende sua rede de atendimento às pessoas trans, o que gera o receio de que a despatologização ocasione o enfraquecimento das políticas públicas para tal grupo (CARDINALI, 2018). Continuando neste pensamento, o mencionado autor (2018) constata que:

[...] Fachin aponta o duplo significado da Resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre a “cirurgia de transgenitalismo” (*sic*), rechaçando uma visão tradicional – e mesmo reacionária – em relação ao direito de dispor sobre o próprio corpo (art. 13 do Código Civil): “se por um lado é interessante que a cirurgia se afaste do campo da estrita ilegalidade, por outro, tal discurso encontra eco em um tradicionalismo por tratar uma dissonância entre identidade de gênero e sexo biológico como uma doença”. No âmbito da academia e alguns setores da militância, entretanto, vem crescendo a luta pelo reconhecimento da transexualidade como uma “categoria cultural” e não como uma “categoria diagnóstica”, entendendo

que a patologização representa a eleição de determinadas vivências de gênero como normais/naturais e outra como abjetas/doentes (grifos do autor).

Pode-se perceber o tamanho do estrago feito pela discriminação sofrida por esse grupo ao verificar que essas pessoas possuem, em regra baixo nível de escolaridade por não conseguirem permanecer no ambiente escolar e, conseqüentemente, grande estorvo para adentrar ao mercado formal de trabalho. Resultante a isso, muitas trans procuram a prostituição como meio de sobrevivência, o que acarreta um índice elevado de violência contra essas pessoas, muitas vezes fatal.

Conforme preleção do aludido autor (2018), há poucos dados estatísticos confiáveis acerca desse tema e, por conseguinte, ocasiona uma certa invisibilidade social e marginalização, na qual está submetida esta parcela da população. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização de Estados Americanos (CIDH/OEA) apresentou dados em que o Brasil desponta como o país com o maior número de mortes causadas pela violência contra pessoas trans no continente, no período entre janeiro de 2013 e março de 2014.

É observando e analisando dados alarmantes como estes que pode-se entender o quanto ainda há para avançar quando refere-se ao grupo trans, seja na inovação legislativa e aplicação dos dispositivos legais, seja na educação social e visibilidade da causa.

Muito já foi avançado nos últimos anos no que se refere à transexualidade. Com a evolução dos direitos da personalidade, muito tem se falado sobre os direitos pertencentes a essa parcela social. Tanto o poder judiciário – por meio de decisões inovadoras que visam à efetividade dos direitos inerentes à pessoa humana – quanto o Legislativo – por intermédio da representatividade exercida por militantes ou simpatizantes da causa – têm dado abertura para discussão das demandas e concretização de políticas inclusivas.

O Supremo Tribunal Federal (STF), guardião da Constituição e órgão máximo do Poder Judiciário, por algum tempo se manteve distante de solucionar as demandas que chegavam à Suprema Corte. Recente-

mente, muitos foram os pleitos que chegaram ao Egrégio; alguns foram solucionados e outros tiveram sua decisão adiada.

No âmbito dessa Corte, os processos mais relevantes que envolvem as pessoas transexuais são a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4275, o Recurso Extraordinário (RE) nº 670.422 e o Recurso Extraordinário (RE) nº 845.779. Em sede da ADI 4275, a ação de jurisdição voluntária foi proposta pela Procuradoria-Geral da República e reivindicava que a Suprema Corte conferisse interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58, da Lei Federal nº 6.015/1973, de tal forma que possibilite a alteração do sexo civil e do prenome sem a obrigatoriedade de realização de cirurgia de transgenitalização, ou de tratamentos hormonais ou patologizantes.

O pedido, protocolado em 2009 e decidido recentemente, em 1º de março do presente ano, foi julgado procedente, sendo vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Um ponto relevante da decisão diz respeito à prescindibilidade de judicialização do pedido, propiciando, assim, maior simplicidade no procedimento.

Sem dúvidas, essa decisão foi um grande passo na luta por direitos desse grupo, visto que, até pouco tempo, o Judiciário só permitia a alteração do sexo e prenome mediante autorização judicial e após o procedimento de redesignação sexual. Em seu voto, o relator, Ministro Celso de Mello, afirma que “violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua identidade de gênero traduzem situações que um Estado fundado em bases democráticas não pode tolerar nem admitir”, STF (2018), em sede da ADI 4275. Contudo, apesar de proferida a decisão pelo Tribunal Pleno, alguns questionamentos e dúvidas pairavam: como ficariam os registros civis dos filhos, caso haja, das pessoas que pleitearem a alteração do assentamento civil? As novas certidões de nascimento poderiam fazer referência à transexualidade? E quanto as cônjuges dos transexuais casados? Suas certidões de casamento seriam alteradas?

Buscando sanar a indefinição restada pelo veredito da Corte Maior, a Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 28 de junho do corrente ano, publicou o Provimento nº 73. Após considerar os direitos humanos, direitos constitucionais fundamentais e da personalidade, a exclusão da transexualidade do rol de doenças pela Organização Mundial da Saúde, e a decisão exarada pelo STF nos autos da ADI 4275, o Corregedor Nacional de Justiça resolveu alguns dos maiores entraves da situação. Para requerer a alteração, a pessoa deve ser maior de 18 anos e plenamente capaz de realizar os atos da vida civil. A modificação de prenome abrange a inclusão ou exclusão de agnomes indicativos de gênero ou de descendência, mas não acolhe a alteração dos nomes de família. É prescindível a judicialização do pedido, podendo tramitar em via administrativa, mediante autorização do juiz corregedor permanente, desde que não haja ação judicial em trâmite com pedido idêntico.

O Provimento reitera a cláusula já mencionada na ADI 4275 e ratifica que a alteração do registro civil da pessoa trans não enseja prévia cirurgia de redesignação sexual nem qualquer tratamento hormonal ou patologizantes, e dispensa a apresentação de laudo médico ou psicológico, como era exigido anteriormente. Em decorrência de possível constrangimento, a alteração tramitará sob sigilo, não podendo constar nas certidões dos assentos qualquer informação a esse respeito, salvo se for solicitada pelo requerente ou por determinação judicial.

Quanto a direitos de terceiros, o Provimento especifica que, caso o requerente possua filho(s), a averbação da alteração dependerá da anuência deles quando forem relativamente capazes ou maiores, assim como da de ambos os pais. Já em relação ao requerente que houver contraído núpcias, a subsequente averbação da certidão de casamento dependerá da anuência do cônjuge. Não havendo tais consentimentos (dos pais e do cônjuge), a averbação dependerá de suprimento judicial.

Fica a cargo do requerente, após concluída a alteração, a providência de alteração nos demais registros que relacionam-se com sua identificação, bem como os documentos pessoais. O ofício do Registro

Civil de Pessoas Naturais no qual se processou a alteração, às expensas da pessoa requerente, ficará responsável pela comunicação do ato aos órgãos oficiais expedidores do Registro Geral, Cadastro de Pessoa Física, passaporte, e ao Tribunal Regional Eleitoral.

Ainda tratando de processos com tramitação junto à Suprema Corte, RE nº 670.422, protocolado em janeiro de 2012 e reconhecida a repercussão geral do tema em setembro de 2014, versa sobre um caso concreto em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) autorizou, a um indivíduo transexual, a alteração de prenome e sexo registrais. Entretanto, o Tribunal fez constar no local de indicação do sexo, o termo “transexual”, o que foi considerado vexatório e discriminatório pelo recorrente, segundo o qual teve seu direito à intimidade violado.

Em 15 de agosto do presente ano, a Suprema Corte julgou o mérito do recurso, dando provimento ao pedido, adequando sua decisão ao que fora anteriormente decidido da ADI 4.275. Foi fixada a tese de direito fundamental subjetivo, pertencente ao indivíduo transgênero, à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa.

Na tese, também, ficou estabelecida a vedação discriminatória de inclusão, na averbação do assentamento civil, de termos como “transgênero” ou de palavras que façam menção, nas certidões de registro civil, à origem do ato.

O RE nº 845.779 também trata do tema e é proveniente de uma ação indenizatória movida por uma pessoa transexual em face de um shopping center. Neste caso, o estabelecimento cerceou o direito do recorrente de utilizar o banheiro cujo uso era restrito à pessoas do gênero de sua identificação. O STF decidiu pela existência de repercussão geral do tema em novembro de 2014. Houve a primeira sessão de julgamento, onde deram provimento ao recurso, decidindo favoravelmente ao direito

de ser tratado de acordo com o gênero de identificação, os Ministros Luís Roberto Barroso (Relator) e Edson Fachin. A sessão, no entanto, foi suspensa após o Ministro Luiz Fux pedir vista. Atualmente, o processo encontra-se concluso ao Relator, sem previsão de julgamento.

Perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tramitaram os Recursos Especiais (REsp) nº 1.626.279 e nº 1.561.933, sendo o primeiro decorrente de uma ação originária do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), e o último do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). Nos dois processos, os recorrentes pleiteavam a alteração do sexo civil e do prenome sem terem sido submetidos à cirurgia de transgenitalização. O primeiro recurso foi usado como precedente para o segundo, ambos sendo julgados procedentes.

Na ementa do REsp 1.626.279, STJ (2017), consta que:

Consequentemente, à luz dos direitos fundamentais corolários do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, infere-se que o direito dos transexuais à retificação do sexo no registro civil não pode ficar condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização, para muitos inatingível do ponto de vista financeiro (como parece ser o caso em exame) ou mesmo inviável do ponto de vista médico. Ademais, o chamado sexo jurídico (aquele constante no registro civil de nascimento, atribuído, na primeira infância, com base no aspecto morfológico, gonádico ou cromossômico) não pode olvidar o aspecto psicossocial defluente da identidade de gênero autodefinido por cada indivíduo, o qual, tendo em vista a ratio essendi dos registros públicos, é o critério que deve, na hipótese, reger as relações do indivíduo perante a sociedade. [...] Recurso especial provido a fim de julgar integralmente procedente a pretensão deduzida na inicial, autorizando a retificação do registro civil da autora, no qual deve ser averbado, além do prenome indicado, o sexo/gênero feminino, assinalada a existência de determinação judicial, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se a publicidade dos registros e a intimidade da autora.

Mais uma inovação jurídica oriunda das instâncias superiores surgiu com a publicação da Resolução nº 23.562, de 22 de março de 2018, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que permitiu a utilização do nome

social nos títulos eleitorais, bem como o registro da respectiva identidade de gênero. A norma prevê a vedação da utilização de nomes sociais que exponha o eleitor transexual ao ridículo ou que atente contra o pudor. A mencionada resolução assevera que o nome e o sexo de registro permanecerão no cadastro eleitoral, em campos específicos, e terão divulgação restrita, evitando, assim, qualquer constrangimento ao eleitor.

O TSE publicou, ainda, a Portaria Conjunta nº 1, em que o Presidente do Egrégio juntamente com o Ministro Corregedor-Geral da Justiça Eleitoral objetivam a garantia da maior efetividade à Resolução-TSE nº 23.562. A deliberação ratifica a regra de composição do nome social, qual seja a utilização do prenome utilizado pela pessoa transexual, acrescido dos sobrenomes familiares constantes no registro civil. Em todas as certidões emitidas pelo órgão constarão o nome social acompanhado do nome civil. Quanto à exigência de certificado de alistamento militar, em casos de alistamento eleitoral, deverá ser observado o sexo do registro civil, e não o da identidade de gênero.

A alteração do nome expresso no título eleitoral teve início em 04 de abril do presente ano. Segundo o Presidente do TSE, o Ministro Luiz Fux, em entrevista ao site do próprio Tribunal (2018), “é papel da Justiça Eleitoral zelar pelo respeito às diferenças e atuar para que o exercício da cidadania se dê livre de embaraços e preconceitos”.

Pode-se visualizar, diante de tantos julgamentos favoráveis às demandas das pessoas transexuais, que há uma preocupação dos tribunais superiores em pacificar jurisprudências e estabelecer precedentes com a finalidade de diminuir o preconceito, a segregação e o constrangimento sofrido por essa parcela da sociedade.

O Código Civil Brasileiro em muito progrediu em relação aos direitos baseados na dignidade da pessoa humana quando comparado à Compilação Civil anterior. Inseriu, no ordenamento jurídico pátrio, previsões que asseguram efetivamente o direito das pessoas transexuais serem e se mostrarem diante da sociedade como realmente se sentem.

A organização jurídica é dinâmica e está atenta às mais variadas demandas sociais que são expostas diante do judiciário, todos os dias. Ao deparar-se com uma legislação estática, que não acompanhou as alterações sociais, o julgador defronta-se a um impasse, necessitando ser razoável na aplicação da lei.

Por esse motivo, percebe-se a inundação de decisões projetadas à garantia da inclusão social, mesmo não havendo legislação específica que trate da alteração de prenome e sexo registrais. Quando a legislação deixa de abarcar a previsão de proteção a algum direito, cabe ao magistrado, no ato decisório, rechaçar a ameaça ou lesão a direitos de outrem.

Em contrapartida a um Judiciário que se desdobra para garantir a efetividade dos direitos da personalidade das pessoas transexuais, observa-se um Poder Legislativo permeado por disputas ideológicas e religiosas que barram o progresso legislativo do país. De um lado, um grupo que luta pelo reconhecimento de direitos do grupo LGBT, de outro, opositores a essas demandas, formando um grupo integrado por religiosos de ideologia cristã, em sua maioria católicos e protestantes.

O conjunto desses últimos parlamentares, comumente chamado de “bancada evangélica” – e atualmente denominada de Frente Parlamentar Evangélica (FPE) – obteve um crescimento ao longo dos anos 90 e 2000, ocorrido concomitantemente à emergência das demandas LGBT nas disputas políticas, com o surgimento dos primeiros projetos de lei que versavam sobre direitos de casais homoafetivos. Dessa forma, o discurso dessa bancada, desde o princípio, foi manifestadamente desafiador às pautas relacionadas à diversidade sexual, posição adotada em virtude da “moral cristã”.

Apesar de composto por pessoas pertencentes a diversos partidos, igrejas e denominações diferentes, a bancada evangélica é um grupo consolidado que objetiva unir forças para alcançar êxito nos embates políticos. Dessa forma, assevera Cardinali (2018, p. 192) que:

Uma das principais estratégias é a organização de grupos temáticos de trabalho, em que cada parlamentar ou grupo de parlamentares fica responsável

pelo acompanhamento dos projetos relativos aos temas de interesse da frente, como aborto, saúde, questões indígenas, pedofilia, direitos LGBT, etc. Além disso, parlamentares da FPE buscam participar nas comissões mais importantes para estas temáticas, como a de Seguridade Social e Família e a de Direitos Humanos e Minorias, bem como garantir cargos nas mesas e relatorias. Quando um determinado projeto de relevo vai a votação em alguma das comissões, os membros da FPE, mesmo que não formalmente participantes daquela comissão, costumam comparecer à sessão, visando pressionar os demais congressistas. O exemplo mais bem-sucedido dessa atuação foi a eleição do Deputado Federal Marco Feliciano (PSC/SP) para presidir a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados em 2013. O Deputado, pastor evangélico, era explícito opositor das pautas do movimento LGBT e teve sua presidência marcada por intensos encontros com ativistas de direitos humanos.

É diante dessa disputa de ideologias que atua o Judiciário brasileiro, moldando, por exemplo, a Lei de Registros Públicos às necessidades individuais das pessoas transexuais, visando ao preenchimento de lacunas deixadas pela ausência de normatização específica. Essa atuação nem sempre agrada os membros do Legislativo, que inferem tratar-se de uma invasão na competência legislativa inerente ao Poder.

É palpável a noção de que a ausência de lei causa prejuízos a quem interessa, mas, acerca disso, comenta Fernandes (2010, p. 29) que:

É evidente que a lei, por si só, é incapaz de trazer todas as soluções que o caso concreto exige. A jurisprudência, justamente por isso, continuará a desempenhar relevante papel contra-majoritário na construção dos direitos dos transexuais. Porém, esse é um tema de notável complexidade e exige uma consolidação dos parâmetros necessários para garantir os direitos dessa minoria, que afinal, apenas deseja ter acesso ao pleno exercício de seus direitos como seres humanos, bem como cidadãos livres e iguais.

Mesmo na ausência de um texto normativo regulando o tema, o Direito brasileiro prevê formas de preenchimento desse vácuo. Sob esse diapasão, Nader (2016, p. 85) preceitua que:

A falta de previsão normativa para determinada relação social que reclama tratamento jurídico denomina-se *lacuna legal*. Conforme distinção de Francesco Ferrara, há lacunas *intencionais* e *involuntárias*. As primeiras decorrem da conveniência, à vista do legislador, de não se disciplinar determinada *quaestio facti* que não se encontra suficientemente amadurecida. Penso que o legislador, teoricamente, pode optar pela simplificação dos textos, disciplinando um tipo e deixando que outros de seu conhecimento sejam alcançados por analogia. Tal prática, porém, seria inconveniente pois à simplificação do texto corresponderia maior complexidade na aplicação. As lacunas *involuntárias* podem decorrer tanto da imprevisibilidade do legislador quanto da antinomia entre disposições contraditórias de igual valor hierárquico. Antes de se concluir, nesta última hipótese, pela lacuna, o aplicador deverá ter o cuidado de apurar se uma das disposições se harmoniza com a teleologia do estatuto. Em caso afirmativo prevalecerá a norma harmônica e já não se terá lacuna (Grifos do autor)

Mesmo que haja brechas legais, o julgador é incumbido do papel de dirimir a controvérsia e perceber solução ao caso concreto. Dessa forma, exigida tal atuação, cabe ao aplicador do Direito quando constatada a lacuna, recorrer à analogia, precipuamente, e, na impossibilidade de sua aplicação, sucessivamente aos costumes e princípios gerais do Direito, conforme estabelece o artigo 4º, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.

Apesar de ainda não ter sido elaborada uma lei específica aos casos de transexualidade, cujos sujeitos pleiteiam a alteração do nome e do sexo de registro, as demandas têm encontrado desfecho favorável nos Tribunais brasileiros em decorrência dos demais institutos que, unidos, formam uma base sólida do Direito, almejando sua máxima efetividade e congruência.

5. Considerações finais

Dadas as proposições apontadas neste trabalho, analisou-se os reflexos jurídicos ocasionados pela readequação sexual decorrente dos casos de transexualidade, no que compete ao Direito Civil brasileiro. Pôde-se perceber uma evolução histórica no reconhecimento e solidifica-

ção de direitos básicos ao ser humano: os direitos da personalidade. Inferiu-se que o ápice da introdução desses direitos no Direito pátrio foi a promulgação do Código Civil de 2002, deixando para trás uma codificação civil essencialmente patrimonialista e iniciando uma nova percepção do Direito, com o homem no centro das decisões jurídicas.

Nesse diapasão, observou-se a contextualidade da transexualidade e suas nuances, e pôde-se compreender a complexidade do tema e das lutas que foram geradas ao longo de séculos por essa parcela da sociedade que sempre almejou o reconhecimento social de acordo com o sexo de identidade. Mesmo diante de tanta resiliência, nem sempre as pessoas transexuais conseguiram manter-se inseridas na sociedade, tornando-se, assim, um grupo com altos índices de evasão escolar, desemprego e violência ocasionadas pelo forte preconceito com que são tratados.

Verificou-se a necessidade recorrente de adoção de medidas que assegurem a efetividade da demanda pleiteada pelos indivíduos que vivem a transexualidade, visto que, por muito tempo, esses direitos foram negados, ocorrendo uma forte estigmatização social e cerceamento do direito a uma vida digna.

Ao passo que esse grupo de indivíduos foi sendo institucionalizado, observou-se que as vozes foram ouvidas. O cenário político mudou com a chegada de legisladores adeptos ao movimento que, incansavelmente, inseriram seus discursos inclusivos e militantes da causa. Entretanto, observou-se que nem sempre há espaço para a manifestação desta temática na tribuna pública. Ao passo que o discurso da diversidade sexual foi sendo notado, os opositores ao tema também levantaram-se com vozes em contraposição ideológica, dificultando a aprovação de leis específicas que tratassem da matéria.

Assim, na ausência legislativa de norma, os Tribunais superiores proporcionaram abertura de espaço para judicialização das demandas, e os direitos foram reconhecidos pouco a pouco. Pôde-se verificar, ainda que timidamente, que os pleitos foram sendo julgados favoravelmente, mesmo diante de condições inalcançáveis, como é o caso de exigência de

realização de cirurgia de redesignação sexual para alteração do sexo e prenome do registro civil, um procedimento relativamente novo e de valor elevado.

Discorreu-se sobre os principais julgados desses mencionados tribunais superiores acerca da temática, e pôde-se observar como o Judiciário brasileiro tem se posicionado favoravelmente aos interesses dessa parcela da sociedade, almejando a consecução efetiva dos princípios, fundamentos e objetivos da República. Examinou-se a recente decisão do STF quanto à prescindibilidade de realização de cirurgia de transgenitalização para pleito de averbação do registro civil.

Após a compreensão do posicionamento do Direito brasileiro, oportunizou-se a apreciação das consequências jurídicas ocasionadas pela alteração do assentamento civil, no que tange à segurança jurídica dos registros públicos, e as possíveis consequências dessa averbação quanto aos interesses de terceiros.

6 Referências

- ABDO, Carmita Helena Najjar. **Transtornos da personalidade e transtornos da sexualidade**. In: LOUZÁ NETO, Mário Rodrigues; CORDÁS, Táki Athanássios (Org.). *Transtornos da personalidade*. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito Civil: Introdução e Teoria Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade**. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. Conselho Da Justiça Federal. **Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

BRASIL. Conselho Da Justiça Federal. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciado-saprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n. 73, de 28 de junho de 2018.** Disponível em: <www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n73-28-06-2018-corregedoria.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09 jun. 2018.

BRASIL. **Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 04 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial 1.561.933.** Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseveriano. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500444061&dt_publicacao=23/04/2018>. Acesso em: 05 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial 1.626.739.** Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602455869&dt_publicacao=01/08/2017>. Acesso em: 05 jul. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275.** Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 670.422.** Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Repercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4192182&numeroProcesso=670422&classeProcesso=RE&numeroTema=761>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 845.779**. Relator Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/Repercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4657292&numeroProcesso=845779&classeProcesso=RE&numeroTema=778>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Portaria Conjunta nº 1, de 17 de abril de 2018**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/prtc/2018/PRTC00012018TSE.html>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.562, de 22 de março de 2018**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2018/RES235622018.html>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE abre prazo para eleitores transexuais e travestis registrarem nome social**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Abril/tse-abre-prazo-para-eleitores-transexuais-e-travestis-registrarem-nome-social>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

CARNACCHIONI, Daniel. **Manual de direito civil**: v. único. Salvador: JusPodivm, 2017.

COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas; SAMPAIO, Liliana Lopes Pedral. As transexualidade na atualidade: aspectos conceituais e contexto. In: COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas; SAMPAIO, Liliana Lopes Pedral (Org.). **Transexualidades: um olhar multidisciplinar**. Salvador: EDUFBA, 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **CFM considera válidos procedimentos para mudança de sexo de transexuais femininos**. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20824%03Acfm-considera-validos-procedimentos-para-mudanca-de-sexo-de-transexuais-femininos&catid=3%03Aportal&Itemid=1>. Acesso em: 02 jul. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: Teoria Geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. **O transexual e a omissão da lei: um estudo de casos paradigmáticos**. Disponível em: <<https://portal.idp.emnuvens.com.br/cadernovirtual/article/view/357>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

- FIUZA, Mariana Neves. **A identidade civil do transexual e seus efeitos jurídicos**. 2014. 61 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário em Brasília, Brasília, 2014.
- JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. 2. ed. Brasília, 2012.
- LEITE JÚNIOR, Jorge. A interiorização do “verdadeiro” sexo e a busca pelo “verdadeiro” gênero. In: COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas; SAMPAIO, Liliana Lopes Pedral (Org.). **Transexualidades: um olhar multidisciplinar**. Salvador: EDUFBA, 2014.
- MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito civil: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017.
- MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/sexo>>. Acesso em: 25 jun. 2018.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SESSA, Sidnei Roberto Di. Sexualidade do Adolescente. In: ANKIER, Cila; GLINA, Sidney (Coord.). **Manual Prático de Condutas em Medicina Sexual e Sexologia**. São Paulo: Santos, 2013.
- SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**.13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Classifying disease to map the way we live and die**. Disponível em: <<http://www.who.int/health-topics/international-classification-of-diseases>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

Chemsex:
o uso associado de drogas a práticas sexuais e
sua relação com a população LGBTIQ

*Belmiro Vivaldo Santana Fernandes*¹

1. Introdução.

Desde o ano de 2015 (CUNHA, 2015), veículos nacionais de imprensa² têm anunciado a adesão de homens gays brasileiros à prática do *chemsex*, comportamento até então não conhecido pela maioria da população ou, ao menos, não observado com um olhar mais cuidadoso.

Em linhas gerais, o *chemsex* pode ser definido como o comportamento no qual homens gays e bissexuais promovem encontros destinados a práticas sexuais em que são incentivados ou exigidos o consumo de diversos tipos de drogas, com o objetivo de incrementar o prazer, o engajamento dos participantes e a duração das sessões.

Assim, este artigo tem por objetivo apresentar ao leitor *chemsex*, demonstrando que se trata de um tipo específico de adicção, pois nesta existe uma chancela e incentivo comportamental de considerável parcela dos homens gays para a sua prática, exigindo uma análise de compreen-

¹Belmiro Fernandes é Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, É bolsista de produtividade do Centro Universitário Estácio da Bahia, sendo professor da referida instituição. Contato: belmirofernandes@gmail.com

² Desde o ano de 2015 os principais portais de imprensa têm alertado sobre os riscos do *chemsex* e como os homens gays brasileiros passaram a adotá-lo como um comportamento cotidiano. Para maiores informações, conferir Quintánz (2016) e France Presse (2017).

são e possível tratamento que perpassa pela compreensão da disseminação desta prática entre os homens gays e bissexuais.

Os estudos sobre o tema ainda estão em estágio bastante incipiente, de modo que, dentro do Brasil, ainda não se tem notícias sobre como o *chemsex*, em termos específicos, tem sido abordado tanto em aspectos clínicos, como as estratégias de sua prevenção. Por este motivo, este artigo visa apresentar a compilação das pesquisas desenvolvidas no exterior, especialmente na Inglaterra, onde já existem políticas públicas de saúde destinadas a tratar os dependentes do *chemsex*. Assim, a metodologia empregada fora teórico-descritiva, examinando os resultados das pesquisas obtidas nestes países, com vias a um desenvolvimento futuro desta análise no contexto brasileiro.

De acordo com tais pesquisas, concluiu-se que o *chemsex* tem sido considerado um grave problema de saúde pública na Inglaterra, exigindo estratégias específicas de prevenção e tratamento, e, possivelmente, assim o será no Brasil, quando o assunto for mais debatido dentro da academia de saúde e jurídica. Assim, este artigo se propõe a analisar, ainda que em síntese investigatória preliminar, o fenômeno, sua frequência e amplitude e como deverá se posicionar sua análise no contexto local.

2. Compreendendo o “Chemsex”

Em 2014, os pesquisadores Adam Bourne, David Reid, Ford Hickson, Sérgio Torres Rueda e Peter Weatherburn publicaram a obra “O Estudo do *Chemsex*: o uso de drogas entre homens gays e bissexuais em Lambeth, Southwark e Lewisham” (BOURNE, REID, *et al.*, 2014), na qual foram a campo, fazendo o levantamento das múltiplas causas que têm levado os homens gays e bissexuais a praticarem sexo comumente na associação de drogas, seja com apenas um parceiro por sessão, seja em grupos.

Perceberam os autores que, nos últimos vinte anos, uma proporção maior de homens gays tanto no Reino Unido quanto em outros países fazem uso de drogas, quando comparado com a população em geral. Tal uso, especialmente em grandes centros urbanos, historicamente se concentravam com “drogas de clubes noturnos”, a exemplo do ecstasy, cocaína, ketamina ou LSD (BOURNE, REID, *et al.*, 2014, p. 8).

Recentemente, todavia, tem havido uma mudança nas tendências de uso de drogas por muitos homens gays, tanto no que tange às chamadas “drogas populares”, quanto na maneira na qual elas são utilizadas. Assim é que surgiu o termo *chemsex*, também conhecido por *party and play*, que adentrou no vocabulário de certos segmentos da população gay e que tem atraído significativa atenção da mídia (STUART, 2013).

Neste sentido, definiu-se *chemsex* como o comportamento sexual entre homens que ocorre sob influência de drogas consumidas imediatamente anteriormente ao ato e/ou durante a sessão sexual. Como será visto mais adiante, as drogas de uso mais comum à prática do *chemsex* são o cristal de metanfetamina, o GHB/GBL, a maconha, a cocaína e a ketamina.

3. As drogas mais comumente associadas ao chemsex entre os homens gays.

As drogas mais utilizadas pelos homens gays no Reino Unido são a mefedrona, o GHB/GBL, o cristal de metanfetamina, a ketamina e a cocaína (BOURNE, REID, *et al.*, 2014, p. 9).

A mefedrona é uma droga que provoca euforia, aumento do prazer pela música, melhoria no humor, redução da hostilidade, incremento das funções mentais e dos estímulos sexuais. Pode ser consumida tanto na forma de pílulas, inalada como pó, injetada ou administrada via retal. Como efeitos colaterais, pode provocar ansiedade e paranoia, super estimulação do coração, do sistema nervoso e circulatório, risco de infarto. No Reino Unido é considerada uma droga da classe “B”, ilegal desde

2010, mas que se tornou bastante popular em 2008, porque, sendo legalizada, possibilitava acesso fácil aos usuários. É conhecida pelas gírias “miau, miau”; “planta de comer” ou “MCAT” (BOURNE, REID, *et al.*, 2014, p. 9).

O GHB/GBL é uma droga que provoca euforia, redução das inibições e aumento do desejo sexual. Seu consumo é realizado pela ingestão de pequenas doses líquidas, de forma pura ou misturada a bebidas isotônicas ou refrigerantes, podendo, ocasionalmente, ser injetada. Normalmente é utilizada para potencializar os efeitos de outras drogas. Também são relatados efeitos relaxantes para sexo anal receptivo, tornando-o mais fácil e prazeroso. Como efeitos colaterais, podem surgir lapsos de memória, enjoo, tremores e agitação. É muito perigoso ingerir GHB/GBL cominada com outras drogas, como álcool e/ou anfetaminas. A overdose pode disparar “G sleep”, que é o estado de inconsciência que pode requisitar cuidados médicos. Embora sejam tratadas como sinônimo, mas o GHB (ácido gama hidroxibutírico) e o GBL (ácido gama butil-lactona) são drogas distintas, mas com efeitos muito próximos. É conhecida popularmente pelos nomes “G”, “Gina” e “ecstasy líquido” (BOURNE, REID, *et al.*, 2014, p. 9).

O cristal de metanfetamina é uma droga que provoca euforia, aumento da energia durante o sexo ou ao dançar, acompanhado do incremento da autoconfiança, sentimento de invencibilidade e impulsividade, redução das dores, intensa estimulação sexual e diminuição das inibições. Seus efeitos colaterais são perturbações do sono, perda de apetite, tremores, convulsões e batimento cardíaco irregular. Quando o usuário sente os efeitos eufóricos passar, normalmente isto vem acompanhado de sentimentos de depressão, exaustão e paranoia. É consumida através do fumo, por meio de um cachimbo de vidro, inalada na forma de pó, misturada com água, injetada ou ainda administrada via retal. É conhecida popularmente como *Crystal*, *tina*, *meth*, *ice*, ou *T* (BOURNE, REID, *et al.*, 2014, p. 9).

A ketamina (ou ketamina) é um anestésico, que serve tanto para uso animal, quanto humano. Em doses sub anestésicas, a ketamina produz um estado dissociativo, caracterizado pelo sentimento de descolamento do próprio corpo físico e do mundo externo. Já em doses mais altas, usuários podem experimentar o que se denomina por “K-hole”, que é um estado de extrema dissociação, que inclui alucinações visuais e auditivas. Seus efeitos colaterais são a confusão, agitação, ataques de pânico, prejuízos à memória de curto e de longo prazo e, para usuários de longo prazo, depressão. Também provoca enrijecimento das paredes da bexiga e, assim, causa dificuldades para urinar. Pode ser consumida através de pílulas, injetada ou inalada como pó. É popularmente conhecida como “K”, “Special K”, “Vitamina K” (BOURNE, REID, *et al.*, 2014, p. 9).

A cocaína provoca incremento de energia, autoconfiança e sentimento de poder. Pessoas que usam cocaína normalmente descrevem sentir-se mais sociáveis, comunicativas e fisicamente mais fortes. Dentre os possíveis efeitos colaterais, a cocaína provoca aumento da temperatura corporal e dos batimentos cardíacos, associados a risco de ataque cardíaco. Usuários crônicos relatam erosão das cartilagens nasais e até mesmo abertura do palato. É ministrada através da inalação ou fumada, quando na forma de “crack”. É popularmente conhecida como “coke”, “Charlie”, “snow”, “blow”. (BOURNE, REID, *et al.*, 2014, p. 9). No Brasil, popularizou-se a denominação “padê”, especialmente no meio gay (ANIC, 2009).

Com exceção da ketamina e da maconha, todas as demais têm propriedades estimulantes e, como efeito típico, aumentam os batimentos cardíacos e a pressão sanguínea, além de provocar sentimentos de euforia. Quanto especificamente ao cristal de metanfetamina e o GHB/GBL, estas, além de provocar os efeitos anteriormente descritos, também possibilitam maiores excitação e entrosamento sexuais.

Tais drogas são comumente consumidas em combinação com longas sessões sexuais, que ocorrem ao longo de extensos períodos, muitas vezes envolvendo um grande número de parceiros.

Neste sentido, chama a atenção os contextos específicos de vulnerabilidade (SILVA, 2013) e autonomia (SILVA, 2016) dos seus participantes na realização de suas condutas, sendo relevante analisar qual deve ser a análise bioética e jurídica dentro de um fenômeno tão complexo, com importantes causas do próprio ambiente cultural vivido pelos homens gays, além de eventuais razões psicológico-sociais que os levam a adotar tão comportamento de risco.

4. O desenvolvimento da pesquisa do chemsex na Inglaterra.

Em publicação em periódicos ingleses, que se dedica ao acompanhamento das situações de vulnerabilidade de cerca de oito mil pessoas, entre lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros todos os anos, há indicação de um rápido crescimento do número de gays e bissexuais que se apresentam ao serviço com problemas de saúde relacionados com o uso do cristal de metanfetamina e GHB (STUART, 2013, p. 10).

Em 2005, tais drogas eram responsáveis por 3% (três por cento) do uso homens gays e bissexuais, mas a proporção subiu para 85% (oitenta e cinco por cento) no ano de 2012. Quanto à utilização de tais drogas em contextos sexuais, os entrevistados reportaram tê-las utilizado em 75% (setenta e cinco por cento) de suas relações, sob o motivo de facilitar o entrosamento sexual. Dados coletados pelo serviço especializado em saúde sexual da clínica CODE, em 2012, demonstrou que 19% (dezenove por cento) dos HSH (homens que fazem sexo com homens) usaram GHB/GBL nos últimos seis meses, enquanto 10% (dez por cento) afirmaram terem utilizado cristal de metanfetamina. Saliente-se que todos os tipos de drogas tiveram uso significativamente elevado entre homens diagnosticados com HIV (BAUERMEISTER, 2007, p. 11).

Adicionalmente às mudanças nos tipos de usos de drogas, também há evidências que sugerem alterações na forma em que as mesmas são administradas. Nos mesmos estudos, demonstrou-se que em 80% (oitenta por cento) dos casos houve utilização intravenosa, um crescimento

de 20% (vinte por cento) em relação aos anos anteriores. Cerca de um quarto de tais pacientes, 24% (vinte e quatro por cento) reportaram terem feito uso de injetáveis nos últimos seis. Estes índices elevados de uso de drogas injetáveis entre homens gays contrasta com a ampla literatura internacional que o uso de injetáveis seria baixo (COOPER, 2013). De forma similar, dados obtidos por clínicas inglesas demonstraram que, em 2011, 30% dos pacientes que fizeram uso do cristal de metanfetamina, informaram que fizeram uso de sua forma injetável ((KIRBY e THORNER-DUNWELL, 2013, p. 101).

5. O grave problema de saúde pública percebido.

O percebido crescimento do uso de drogas durante o sexo despertou preocupação quanto à realização de práticas sexuais de alto risco. Associação entre uso de drogas e a transmissão de HIV tem sido objeto de intensa pesquisa nos últimos trinta anos e o que se pode concluir é que a interação é mais complexa do que se pode parecer em um rápido olhar. (DIGUISTO e RAWSTORNE, 2013, p. 102).

Enquanto não é possível dizer que o uso de drogas causa um comportamento necessariamente maior de alto risco, é possível afirmar que existe uma associação entre os dois: homens que usam drogas durante o sexo são mais propícios a se envolverem na transmissão de HIV que homens que não utilizam, o que acentua o olhar sobre sua vulnerabilidade (CAREY, MEIJIA, *et al.*, 2009).

Uma significativa amostra de pesquisa foi realizada para entender o papel do cristal de metanfetamina na transmissão do HIV, especialmente nos Estados Unidos. Tal droga pode causar sentimentos de hiperssexualização e é comumente usada como parte de maratonas sexuais, pois prolonga os períodos de atividade sexual e, conseqüentemente, práticas de sexo grupal (COLFAX, ROBERT e MAYER, 2006, p. 1464).

Sessões sexuais prolongadas significam maior desgaste mental e físico e um deles é a própria fissura anal, que pode facilitar a transmissão

de HIV e outras infecções. Diversos estudos sugerem que o uso de metanfetamina causa comportamento sexual de alto risco devido ao “mecanismo de miopia”, em que a pessoa fica temporariamente cognitivamente “cega” com as consequências de seus atos. Todavia, este levantamento não fora totalmente conclusivo (SEMPLE, MCGOWAN e D, 2009, p. 585).

Outras associações com o comportamento sexual de alto risco foram identificadas em relação ao ecstasy, GHB/GBL e ketamina. Homens que reportaram uso múltiplo de drogas no passado recente (em até três meses) também são mais propícios a reportarem risco de transmissão de HIV que homens que apenas tomaram uma droga. Dados coletados da clínica CODE no começo de 2013 demonstra que 36% (trinta e seis por cento) dos entrevistados são mais propensos ao sexo anal desprotegido quando sob influência de drogas. Também há estudos que sugerem que o *chemsex* pode ser, ao menos em parte, responsável pelo aumento do contágio de HIV entre os HSH nos últimos anos, embora ainda não existam estudos conclusivos quanto a isto (DIGUISTO e RAWSTORNE, 2013).

O potencial de transmissão de HIV é incrementado quando existem um grande número de parceiros na sessão sexual, assim como também surgem riscos concretos de transmissão de outras DSTs, incluindo hepatite C e sífilis. Ademais, também surge a preocupação sobre se os homens diagnosticados com HIV têm adequada adesão ao tratamento antirretroviral quando praticantes do *chemsex*. Em dados coletados no Reino Unido, 60% (sessenta por cento) dos pacientes gays diagnosticados com HIV dizem não aderir totalmente à medicação antirretroviral quando praticam *chemsex*, muitas vezes em razão de se esquecerem de ministrar o remédio na hora correta (STUART, 2013).

O consenso científico tem apontado que indivíduos com HIV que têm carga viral indetectável (o que é um resultado da aderência à terapia antirretroviral) não são capazes de infectar seus parceiros. Consequentemente, a não adesão à terapia antirretroviral e o potencial crescimento

da carga viral pode ser um fator para transmissão do HIV (GUIMARÃES e FERERAZ, 2002).

Paradoxalmente, dentro da população gay, na qual a incidência de drogas injetáveis historicamente é baixa, existe a preocupação em que o seu crescimento também cause o compartilhamento de agulhas ou outras práticas inseguras de uso injetável de drogas. Todas as drogas requerem uma dosagem cuidadosa, inclusive quanto à combinação das mesmas. Entretanto, há drogas que tiveram uma adesão relativamente recente no cenário gay – como é caso do GHB/GBL, e isto dificulta a política de redução de danos.

6. Panorama do chemsex no contexto internacional.

A maior parte dos estudos sobre uso de drogas e comportamento sexual buscam compreender a relação entre o uso de drogas e o risco de se contrair HIV. Como dito anteriormente, esta associação é complexa e ainda objeto de significativos debates.

Tais pesquisas não fazem uso dos termos “chemsex” e “party and play” e comumente apenas focam nos riscos da saúde sexual. Apenas um pequeno número de estudos que explora o uso de drogas durante um contexto sexual busca atingir um nível mais holístico, incluindo as razões para a iniciação e manutenção da prática e os custos e benefícios associados ao comportamento, sendo encontradas tais perspectivas em pesquisas desenvolvidas nos Estados Unidos, no Reino Unido e na Austrália. Ainda não tem havido um estudo apropriado sobre o entrelaçamento do *chemsex* com a bioética e o direito, sendo importante tal intercomunicação para que possam adotar soluções (BAUERMEISTER, 2007).

Tipicamente, as pesquisas publicadas têm por foco certos comportamentos sexuais associados ao *chemsex*, como atividades sexuais grupais, ou especificamente exploram o *chemsex* na relação com o estado sorológico dos participantes (ser portados, ou não, de HIV). Também

observa-se pesquisas sobre o incremento de experiências sexuais e redução de inibições, assim como a conclusão de que o uso de drogas durante o sexo pode facilitar conexões íntimas com outros homens (SEDDON, 2010).

Por fim, alguns estudos ainda sugerem que a adesão ao chemsex por certos homens diagnosticados com HIV tem por significado escapar da realidade de seu *status* e ter menor rejeição de seus parceiros sexuais (SEMPLE, MCGOWAN e D, 2009).

Cumpra-se, portanto, investigar melhor cada uma de tais causas, o que não deixa de significar uma grande raiz em comum: a repressão ao comportamento gay, como um todo e uma forma de se tentar criar uma “cultura” própria.

7. O chemsex e a tendência de se consolidar como a prática sexual predominante entre homens gays.

Como visto anteriormente, tem havido uma grande adesão à prática do *chemsex* junto à comunidade gay, o que tem provocado questionamentos quanto ao grau de entrelaçamento entre ambos.

Recentemente, a literatura tem romanceado a situação, com a publicação do livro “Something for the weekeng”, de James Wharton, na qual ele afirma, categoricamente: “atualmente, a cultura do chemsex é uma cultura gay”. Ele narra:

[...] sinto-me no topo do mundo. Eu tenho caras gostosos mais sociáveis que nunca. Sinto-me popular, um êxtase em si: meu corpo está sendo validado e mesmo para pessoas como eu. Isto é claramente o efeito das drogas na minha mente. Estou péssimo, não consigo pensar direito... [...] Eu não comi nada, pareço já tive contato sexual com pelo menos dez tipos diferentes. Estou totalmente confuso. Um dia mais tarde, tendo gasto mais £100 em suprimentos, eventualmente eu já pedi um Uber e volto ao meu apartamento dez milhas afastado no sul de Londres. Estou exausto, não apenas cansado. Estou com fome, mas sem apetite. Minha mente está cheia de rostos e encontros nos últimos dois dias, mas estou insatisfeito. Eu preciso tomar banho,

escovar os dentes, para obter algo, qualquer coisa para o meu estômago. Mas eu não quero. Eu entro pela porta, eu olho para as muitas mensagens no Facebook de amigos e família preocupada por que estava tão silencioso todo fim de semana, mais uma vez, e eu um colapso na minha cama. Deixo cair o Valium e torno-me insensível. Eu fecho meus olhos e, num instante, está na hora de ir para trabalhar. Vou ao ônibus da manhã de segunda-feira e a realidade, já chegou. Eu me sentirei como merda até hora do almoço na quarta-feira, e então eu vou começar a pensar sobre o fim de semana novamente. É um ciclo que não consigo parar (WHARTON, 2017).

Há consideráveis indícios de que o *chemsex* decorre de uma reação à própria repressão das práticas sexuais gays como um todo, de sua estigmatização e necessidade de criação de maior conexão dentro de um grupo.

Assim, as políticas que exigem o olhar mais atento quanto ao fenômeno precisam compreendê-lo dentro de uma perspectiva bioética, em ângulos multi e transdisciplinares, especialmente no que tange ao tratamento dos sujeitos envolvidos.

Muitos participantes entrevistados na pesquisa desenvolvida por Adam Bourne, David Reid, Ford Hickson, Sérgio Torres Rueda e Peter Weatherburn relataram dificuldades em se manterem distantes das “tentações” que envolvem a prática do *chemsex*.

Um participante, com idade de 36 anos, diagnosticado com HIV, relatou:

Eu tenho efetivamente de deixar de sair para a cena gay porque eu irei consumir drogas e também irei de um clube para outro e para outro. Então eu tenho de limitar minha ida a clubes agora. Eu costumava sair para baladas gays por quatro dias na semana, relaxar por mais dois e ter breves cochilos no meio do caminho. Eu não consigo fazer isto mais. Estou me tornando mais velho e estou começando a me sentir mais velho e, assim... não quero acabar no caixão tão cedo (BOURNE, REID, *et al.*, 2014, p. 66).

Com a disseminação da cultura do uso de drogas para fins recreativos e sexuais entre homens gays e bissexuais, afastar-se de tais práticas podem significar verdadeiro isolamento, dificultando ainda mais o tratamento de tais pessoas, dado o isolamento e rejeição familiares pelos

quais passam, muitas vezes apenas encontrando acolhimento em tais círculos sociais.

8. Uma aproximação bioética à análise do *chemsex*.

Compreender o *chemsex* em uma perspectiva mais adequada reclama uma pesquisa no campo da bioética, pois, exige ações humanas para aspectos relacionados à saúde e à própria sobrevivência (POTTER, 2016), comprometidas pelo silêncio inversamente proporcional à frequência com que o *chemsex* tem ocorrido nos mais diversos ambiente físicos ou virtuais frequentados por homens gays e bissexuais.

A própria afirmação da comunidade LGBTI, cujo reconhecimento de sua dignidade historicamente tem encontrado barreiras junto à população em geral (FOUCAULT, 1984, p. 36), embora tenha havido notáveis avanços nas últimas décadas, ainda são objeto de grande estigmatização (GOFFMAN, 1998, p. 79).

Em cidades do nordeste, como é o caso de Salvador/BA, há um incremento especial do estigma (MOREIRA, 2005), em que ainda há grande associação do senso comum entre gays e bissexuais como mais vulneráveis às doenças sexualmente transmissíveis (GUIMARÃES e FERERAZ, 2002) e a um comportamento transgressor, legitimando o discurso quanto a um suposto desequilíbrio mental inato (CORRIGAN e LUDIN, 2001) e aptidão ao consumo de drogas.

Bem da verdade, o *chemsex* deve ser estudado sob o prisma de um complexo fenômeno comportamental e cultural (KLEINMAN, 1980), que revela suas intersecções com a saúde pública (FERREIRA, 2010) e inegáveis reflexos quanto à vulnerabilidade (AGUIAR, 2013)(MINAHIM, 2009) dos envolvidos (LINS, 2007). De alguma forma, tem-se notado certa legitimação da prática junto a homens gays e bissexuais (GRUND, 1993), o que lança luzes para os limites de sua autonomia (SILVA, 2016), a vulnerabilidade e as responsabilidades penal e civil quanto à consequência de suas condutas.

Em outro prisma, porém, embora seja uma situação de vulnerabilidade, há de se reconhecer o inegável prisma da autonomia dos participantes (GRECO, 2010), o que tem representado o maior desafio, posto que são maiores e capazes e, em grande medida, pessoas com bom nível sociocultural.

Entretanto, por se tratar de uma pesquisa eminentemente social, bioética e jurídica, para que se possa inferir o espectro do *chemsex* no Brasil, é necessário se utilizar de pesquisa de campo para se possa desenvolver conclusões mais adequadas à proposta de soluções.

9. Propostas para uma pesquisa de campo.

Com o intuito de atingir os objetivos propostos nesta pesquisa, é necessária abordagem qualitativa do problema, em que se busca uma compreensão interpretativa da ação social (MINAYO, 2010, p. 101).

A pesquisa qualitativa começa com os pressupostos e o uso de estruturas interpretativas/teóricas que informam o estudo dos problemas da pesquisa, abordando os significados que os indivíduos ou grupos atribuem a um problema social ou humano. Para abordar esse problema, os pesquisadores qualitativos usam uma abordagem qualitativa da investigação, a coleta de dados em um contexto natural sensível às pessoas e aos lugares em estudo e a análise dos dados que é tanto indutiva quanto dedutiva e estabelece padrões ou temas. O relatório final ou a apresentação incluem as vozes dos participantes, a reflexão do pesquisador, uma descrição complexa e interpretação do problema e sua contribuição para a literatura ou um chamado à mudança (CRESWELL, 2014, p. 49-50).

Estando de acordo com o entendimento desses autores, esta é a abordagem mais adequada a essa pesquisa, em razão de partir do campo das ciências sociais para estudar os mecanismos de proteção mais adequados para um determinado grupo de trabalhadores.

A classificação dos objetivos desta pesquisa caracteriza-se como exploratório-explicativa, na medida em que tem o objetivo de proporcionar

maior aproximação com o problema para torná-lo mais explícito, bem como de identificar os fatores que contribuem para a análise da capacidade bioética dos homens gays e bissexuais no contexto de práticas em *chemsex*, em face de sua autonomia e vulnerabilidade.

Nesse sentido, a pesquisa terá como modalidade o estudo de caso, envolvendo a coleta sistemática de informações envolvendo os participantes. A pesquisa de estudo de caso começa com a identificação de um caso específico. Esse caso pode ser uma entidade concreta, como um indivíduo, um pequeno grupo, uma organização ou uma parceria. Em nível menos concreto, ela pode ser uma comunidade, um relacionamento, um processo de decisão ou um projeto específico (CRESWELL, 2014, p. 89).

Para a construção de um modelo teórico de análise, respaldado pelo referencial teórico circundante ao tema, a primeira etapa da pesquisa consistirá numa pesquisa bibliográfica e documental, esta especificamente junto a profissionais da área de saúde e de segurança pública que realizaram atendimento de homens gays e bissexuais praticantes de *chemsex*. Numa segunda etapa de aproximação e distanciamento da realidade, será feito um confronto entre os dados coletados e a literatura.

Respaldando-se nos instrumentos a serem construídos para a coleta de dados, será realizada a pesquisa de campo com aplicação de entrevista semi-estruturada junto a homens gays e bissexuais que utilizam drogas recreativas em práticas sexuais.

Segundo Gil (2010, p. 59), a pesquisa de campo focaliza no estudo de uma comunidade, sendo desenvolvida por meio da observação direta das atividades do grupo estudado e de entrevistas com informantes de modo a captar as explicações e interpretações que ocorrem no grupo, podendo ser conjugado com outros procedimentos como a análise de documentos.

Já a entrevista é uma técnica que permite o desenvolvimento de uma relação mais estreita entre as pessoas e é bastante utilizada na pesquisa em ciências sociais. Com isso, a melhor situação para participar na mente de outro ser humano é a interação face a face, pois tem o caráter

de proximidade entre as pessoas, que proporciona as melhores possibilidades de penetrar na mente, vida e definição dos indivíduos (RICHARDSON, 1999, p. 207).

A opção pela entrevista semi-estruturada se dá em razão da possibilidade de se seguir um roteiro previamente definido de modo a evitar a fuga dos pontos de interesse da pesquisa.

A entrevista semi-estruturada está focada em um determinado assunto sobre o qual elaboramos um roteiro com perguntas principais, que podem ser complementadas por outras questões inerentes às circunstâncias da entrevista. Para o autor, esse tipo de entrevista possibilita que as informações surjam de forma mais livre com respostas não condicionadas a uma padronização de alternativas (MANZINI, 1991, p. 156).

A análise dos dados em pesquisa qualitativa consiste da preparação e organização dos dados (isto é, dados em textos como nas transcrições, ou dados em imagens como em fotografias) para análise, depois a redução dos dados em temas por meio de um processo de criação e condensação dos códigos (CRESWELL, 2014, p. 157).

Para uma aplicabilidade coerente da análise de conteúdo, segundo Bardin (2009, p. 59), de acordo com os pressupostos de uma interpretação das mensagens e dos enunciados, a análise de conteúdo deve ter como início uma organização em torno de três pólos: a pré-análise, a exploração do material e o tratamento dos resultados através da inferência e da interpretação.

Ao final, seria um redigido um relatório de pesquisa, com estrutura de texto dissertativo, apontando as conclusões em face da literatura e consoante o problema e hipótese de pesquisa.

10. Considerações finais.

Com o presente artigo, verificou-se que o *chemsex* é um contexto diferenciado de uso de drogas, porque não se encontra respaldado nos relatos padrões de adicção, mas sim representados pelo próprio fortale-

cimento de identidades dentro do convívio entre homens gays e bissexuais, especialmente quando aplicado em contextos de práticas sexuais.

Observou-se que é um fenômeno recente, com complexas raízes. Examinou-se que os praticantes do *chemsex* vivenciam impactos sobre a suas saúdes mental e física, inclusive no aumento do risco de contraírem doenças sexualmente transmissíveis (incluindo o HIV).

Diante do cotejo específico da autonomia e da vulnerabilidade dos sujeitos envolvidos, é imperioso o entendimento do fenômeno, a fim de analisar como se dará a aplicabilidade das normas jurídicas disponíveis no ordenamento brasileiro nos diversos aspectos bioéticos e jurídicos do *chemsex*, a fim de se propor soluções e recomendações adequadas.

Para tanto, é necessária a pesquisa de campo, compreendendo a dimensão da prática do *chemsex* dentro do Brasil, como se tem noticiado, e quais propostas bem-sucedidas desenvolvidas em outros países, como no Reino Unido, poderiam aqui ser replicadas ou adaptadas, caso realmente se demonstra que este é um problema de saúde pública, como lá ocorre.

11. Referências

- AGUIAR, M. Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde. **Revista Brasileira de Bioética**, v. 9, 2013.
- ANIC, L. C. De volta ao pó - O Brasil está cheirando mais cocaína, e o número de usuárias dobrou. Apuramos por que o pó voltou à moda. **Revista TPM - Trip para mulheres**, 2009. Disponível em: <<http://revistatrip.uol.com.br/tpm/de-volta-ao-po>>. Acesso em: 25 julho 2017.
- BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2009.
- BAUERMEISTER, J. A. It's all about "connecting": reasons for drug use among Latino gay men living in the San Francisco Bay Area. **Journal of Ethnicity in Substance Abuse**, 2007. 109-129.

BOURNE, A. et al. **The Chemsex Study: drug use in sexual settings among gay and bisexual men in Lambeth, Southwark & Lewisham.** Londres: Sigma Research, 2014.

CAREY, J. W. et al. **Drug use, high-risk sex behaviors, and increased risk for recent HIV infection among men who have sex with men in Chicago and Los Angeles,** Chicago, v. 13, p. 10, 2009.

COLFAX, G.; ROBERT, G.; MAYER, K. Clubs drugs and HIV infection: a review. **Clinical Infectious Diseases,** Nova Iorque, v. 42, p. 1463-1469, 2006.

COOPER, C. Party drugs linked to alarming rise in HIV amongst gay men. **The Independent,** Londres, 25 Julho 2013.

CORRIGAN, P.; LUDIN, R. **Don't call me nuts: coping with the stigma of mental illness.** Champaign: Recovery Press, 2001.

CRESWELL, J. W. **Investigação Qualitativa e Projeto de Pesquisa.** 3ª. ed. São Paulo: Penso, 2014.

CUNHA, S. Chemsex: prática de transar compulsivamente com drogas chega ao Brasil. **iGay,** 2015. Disponível em: <<http://igay.ig.com.br/2015-09-25/chamsex-pratica-de-transar-compulsivamente-com-drogas-chega-ao-brasil.html>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

DIGUISTO, E.; RAWSTORNE, P. Is it really crystal clear that using methamphetamine (or other recreational drugs) causes people to engage in unsafe sex? **Sexual Health,** n. 10(2), p. 133-137, 2013.

FERREIRA, P. L. E. Os programas de redução de danos (PRDs) e a política criminal de drogas no Brasil. Direito e uso de drogas: “consciência e respeito” versus “discriminação e controle”. **Discursos sediciosos – Crime, direito e sociedade. Instituto Carioca de Criminologia,** Rio de Janeiro, v. 17/18, p. 303-328, 2010.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade: A vontade de saber (vol I).** Rio de Janeiro: Graal, 1984.

FRANCE PRESSE. G1 - Bem-estar. '**Chemsex' une sexo ao consumo de drogas e aumenta casos de Aids, diz militante britânico,** 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/chemsex-une-sexo-ao-consumo-de-drogas-e-aumenta-casos-de-aids-diz-militante-britanico.ghtml>>. Acesso em: 25 julho 2017.

- GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2010.
- GOFFMAN, E. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Guanabara, 1998.
- GRECO, L. **Posse de droga, privacidade, autonomia**: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo, São Paulo, v. XVIII, n. 87, nov/dez 2010.
- GRUND, J.-P. C. **Drug Use as a Social Ritual Functionality, Symbolism and Determinants of Self-Regulation**. Rotterdam: Instituut voor Verslavingsonderzoek (IVO) Erasmus Universiteit. [S.l.]. 1993.
- GUIMARÃES, R.; FERERAZ, A. F. A interfase AIDS, estigma e identidade – algumas considerações. **REME – Revista Mineira de Enfermagem**, Belo Horizonte, v. 6 n. 1/2, p. 77-85, 2002.
- KIRBY, M.; THORNBUR-DUNWELL, M. High-risk drug practices tighten grip on London gay scene. **Lancet**, Londres, v. 381, p. 101-102, 2013.
- KLEINMAN, A. **Patients and healers in the context of cultures**: an exploration of borderland between anthropology and psychiatry. Berkeley: University of California Press, 1980.
- LINS, E. V. **As dimensões da vulnerabilidade humana: como condição, como característica e como princípio bioético-jurídico. Dissertação (Mestrado)**. Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Salvador. 2007.
- MANZINI, E. J. **A entrevista na pesquisa social**. São Paulo: Didática, 1991.
- MINAHIM, M. A. Autonomia e bens jurídicos indisponíveis. **Carta Forense**, Rio de Janeiro, 2009. A19.
- MINAYO, M. C. S. **Pesquisa social**: teoria, método e criatividade. 29a. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.
- MOREIRA, V. **A experiência vivida do estigma: um estudo sobre a doença mental e HIV/AIDS no Nordeste do Brasil**. UNIFOR/DSM - Harvard Medical School. [S.l.]. 2005.

POTTER, R. **Bioética**: Ponte para o Futuro. São Paulo: Loyola, 2016.

QUINTÁNIZ, J. M. Os riscos das festas 'chemsex' - especialistas alertam que a prática pode gerar novas infecções por HIV e dependência a drogas. **El País**, 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/08/estilo/1462729791_990307.html>. Acesso em: 25 julho 2017.

RICHARDSON, R. J. **Pesquisa social**: métodos e técnicas. São Paulo: Atlas, 1999.

SEDDON, T. **A history of drugs**: drugs and freedom in the liberal age. Nova Iorque: Routledge, 2010.

SEMPLE, S.; MCGOWAN, A.; D, S. Sexual marathons and methamphetamine use among HIV-positive men who have sex with men. **Archives of Sexual Behavior**, Heidelberg, Alemanha, v. 38, p. 583-590, 2009.

SILVA, M. N. A. D. Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde. **Revista Brasileira de Bioética**, v. 9, 2013.

SILVA, M. N. A. D. **O paradoxo entre a autonomia e a beneficência nas questões de saúde**: quando o poder encontra a vulnerabilidade. XXV Encontro Nacional do CONPEDI - Biodireito e direito dos animais. Brasília/DF: [s.n.]. 2016.

STUART, D. Sexualised drug use by MSM: background, current status and response. **HIV Nursing**, p. 6-10, Spring 2013.

WHARTON, J. **Something for the weekeng**. London: Biteback Publishing, 2017.

Lei maria da penha: violência feminina cotidiana

*Dalvaney Aparecida de Araújo*¹

*Fabrcio Veiga Costa*²

1 Introdução

A violência de gênero tem caracteres milenares. Antes, as mulheres encontravam-se relegadas às tarefas domésticas, exercendo seus papéis de esposas, mães e donas de casas. Nesse ambiente ocorriam e ocorrem inúmeras atrocidades e muitas vezes as diversas instituições acovardaram-se e não ajudaram essas mulheres. Embora movimentos feministas venham tentando, desde a Revolução Francesa em 1789, discutir essas questões do direito à mulher, instituições como Igreja, Estado e Família criavam (e criam) situações psicológicas e subversivas para censurar e calar essas mulheres, fazendo com que os casos de transgressões do comportamento fossem socialmente aceitos. Isso quando a própria legislação não permitia as correções do marido, que aceitavam agradecidas e com humildade.

Essa perpetuação da dominação teve contribuição de diversos fatores socialmente criados a partir de interesses políticos, econômicos e

¹ Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG.

² Pós-Doutor em Educação pela UFMG. Doutorado em Direito Processual pela PUCMINAS, Mestrado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialização em Direito Processual pela PUCMINAS, Direito de Família pela PUCMINAS e Direito Educacional pela PUCMINAS Professor permanente do programa de pós-graduação *stricto sensu* em proteção dos direitos fundamentais da Universidade de Itaúna.

sociais. O estabelecimento das regras de comportamento para cada qual dos sexos explicitava justamente esse “poderio” masculino. Às mulheres era destinado o espaço privado familiar, mais especificamente o trabalho do lar e as que não tinham maridos submetiam ao trabalho da prostituição, ao concubinato para sustentar os filhos. Paralelamente, aos homens eram dados os espaços públicos e de poder que favorecia a dominação e a submissão das mulheres, as quais sem ter meios financeiros subordinavam-se às vontades masculinas.

Assim, desde a antiguidade as mulheres eram vistas como “coisas”. Afinal, não eram, consideradas sujeitos de direitos. A história foi mudando aos poucos. As lutas por emancipação e mais direitos para mulheres foram gerando resultados. Elas passaram a assumir espaços públicos, ingressando no mercado de trabalho e dividindo as tarefas domésticas com os homens. A evolução da medicina e a descoberta de métodos contraceptivos influenciaram nessa modificação. A mulher passou a ter mais autonomia e definir sobre a maternidade. Hoje ela recebe salários e, muitas vezes, é arrimo de família.

Contudo, a realidade ainda é cruel, muitas são as mulheres vítimas de maus tratos físico ou psicológicos, tendo a legislação, após muito, mas muito sofrimento com diversas vítimas fatais, evoluído com a Lei Maria da Penha. Muito embora não se trate de uma legislação plenamente eficaz, ela deu novos contornos e assumiu um papel preponderante no sentindo de impunidade na violência contra a mulher. Nesse contexto, pretende-se contextualizar a violência de gênero ocorrida no âmbito doméstico, de forma a apresentar o cenário atual brasileiro nos casos de violência doméstica e a aplicabilidade e eficácia da Lei Maria da Penha.

Por meio da pesquisa bibliográfica, de cunho documental, foi possível construir análises temáticas, teóricas e comparativas das legislações internacionais e nacionais, delimitando-se o estudo por meio do método dedutivo. Assim, o estudo iniciou-se por uma análise macro analítica (Direitos das Mulheres), em direção a um exame micro analítico (exame

das violências físicas e psíquicas sofridas pela mulher brasileira numa releitura de aplicabilidade da Lei Maria da Penha).

2. Historicidade dos direitos da mulher

A sociedade em que se vive foi historicamente construída. Diversos elementos influenciaram nos pensamentos e modelos sociais que tornaram-se verdadeiros estereótipos sociais. Os valores que possuem os seres humanos foram objetos dessa construção. Essas raízes profundas que o indivíduo carrega transforma-o em um ser pensante e estruturador da sociedade. O problema é que essa edificação no tocante ao papel da mulher foi realizado sob o ideal de dominação e inferioridade.

A mulher sempre foi vista como um ser “inferior” que deveria seguir as ordens do marido, para que pudesse ter segurança. Pensadores clássicos, ao abordarem o modelo de sociedade da época, explicitavam a condição que a mulher deveria se encontrar:

Na família, por diversas razões oriundas de sua própria natureza, é claro que o pai deve comandar. Em primeiro lugar a autoridade não deve ser igualmente dividida entre pai e mãe, o governo deve ser único e, em toda divisão de opinião, deve haver uma voz preponderante que decida. Além disso, o marido desse ser capaz de dirigir a conduta da esposa, porque é importante para ele ter uma voz preponderante que decida. Além disso, o marido deve ser capaz de dirigir a conduta da esposa, porque é importante para ele ter a segurança de que os filhos, os quais é obrigado a reconhecer e sustentar, pertencem a ele e a ninguém mais. (ROSSEAU, 2014, p.3).

A concepção de que tudo girava em torno do homem expandiu-se e até hoje ela é vigente na sociedade. Isso adveio de um processo que concedeu ao homem o poder na família, domínio esse perpetuado por meio de leis e condições sociais. A organização familiar e social difundiu a ideia de que o homem é um ser superior e a mulher inferior, provavelmente baseando-se na questão da força física. A organização familiar, centrada

na descendência patrilinear e na ideia do homem como figura central da família consolidou-se no império romano.

A família era centrada no homem, sendo as mulheres, no geral, meras coadjuvantes. O patriarca tinha sob seu poder a mulher, os filhos, os escravos e os vassalos, além do direito de vida e morte sobre todos eles. A autoridade do pater familiae sobre os filhos prevalecia até mesmo sobre a autoridade do Estado e duraria até a morte do patriarca, que poderia, inclusive, transformar seu filho em escravo e vendê-lo. (XAVIER, 1998).

Note-se que o poder natural dos homens sobre as mulheres abarca todos os aspectos da vida civil. A sociedade civil como um todo é patriarcal, encontrando-se as mulheres submetidas aos homens tanto na esfera privada quanto na esfera pública. (PATEMAN, 1993). Enalteceram a virgindade e monogamia feminina como valores e regras, evitando-se a não transmissão de herança. A figura da mulher mantinha-se no lar, separando-se o ambiente público do privado. E o casamento, sob tais perspectivas desiguais, mantinha a necessidade da mulher em obedecer seu marido. Ele a protegia do frio, das guerras e atrocidades e ela se submetia a todos os seus ideais por ele ter um sexo superior.

Tem-se que a dependência econômica e psicológica das mulheres não foi construída milenarmente sobre os dados biológicos irrefutáveis que comprovassem a dependência delas. Constituiu-se um ideal contrário: as características biológicas das mulheres é que foram associadas à inferioridade. (AUAD, 2003). Com isso, estagnou-se o pensamento de fragilidade da mulher e toda a dominação psicológica passou a ser física também. Não bastava a mulher ser submissa; para ser protegida, ela deveria entender quem exercia o poder. Daí a dominação não poderia ser somente psicológica, ela deveria ser física, para que a compreensão fosse melhor.

Esse pensamento perdurou até meados do século XX, quando as legislações passaram a proteger os maus tratos sofridos. Mesmo com significativos avanços, as mulheres ainda continuam sendo vítimas das violências perpetradas pelos homens. Estes ainda figuram na posição de dominadores e opressores, exercendo seu *pseudo* poder no ambiente do-

méstico. Sendo esse lugar estipulado como seguro pela sociedade patriarcal e por uma comunidade conivente, a violência doméstica foi considerada um tabu, da qual muitos sabiam da existência, mas limitavam-se a isso.

Contudo, observa-se que a violência não faz parte da natureza humana e nem possui raízes biológicas. Trata-se de um complexo fenômeno culturalmente estereotipado, cujo espaço de criação foi se desenvolvendo com a vida em sociedade e as emblemáticas delas, como problemas de ordem política, moral, do direito, da psicologia, das instituições e das próprias relações humanas.

O Brasil, enquanto colônia, manteve esses ideários de desigualdade de gênero por muito tempo. Mas ao longo de sua história, acompanhando os movimentos feministas internacionais, o país foi modificando suas legislações e construindo uma igualdade de direitos. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 representa um marco no direito de igualdade, mas para esse princípio estivesse expresso em seu texto, muitas discussões e lutas foram empenhadas, realizando-se, pois, um retrospecto dos direitos das mulheres elencadas nas Constituições do país e legislações.

O Brasil apresenta um aparato constitucional e infraconstitucional prevendo normas protetivas às mulheres, contudo, ainda que vasto, esse conjunto normativo não se mostra suficiente para resolver a discriminação das mulheres. Estas, enquanto coletivo vulnerável, necessitam de ações positivas que impliquem em políticas públicas concretas para efetivação de direitos de igualdade. A Lei Maria da Penha representa o resultado de inúmeras lutas para a proteção da mulher no âmbito privado, fixando-se como uma política público-normativa de combate à violência doméstica.

3. Contextualização violência domestica

A violência doméstica é a agressão física ou psicológica realizada no silêncio do lar. Essas violências vão desde a agressão verbal ao espancamento físico que pode resultar em homicídio e estupro. Trata-se de um

fenômeno cruel que mulheres de todas as classes sociais, raças, etnias, gerações e orientações sexuais. Na maioria das vezes, ela é praticada na esfera das relações interpessoais e o agressor mantém laços de afetividade com a vítima.

Essa violência, por ocorrer em ambiente privado, no âmago da família, muitas vezes não são retratados. Ora porque a mulher não tem conhecimento de seus direitos, ora por ter medo e receio de que a lesão física resulte em morte ou que por medo de perder o companheiro/marido. E a difícil tarefa em ir na delegacia e explicar o que aconteceu nem sempre possui fatores positivos. Isso porque embora possa haver restrições legais de aproximação, o Estado não instituiu políticas públicas eficazes que impeçam o retorno do agressor. É muito comum que, após a queixa realizada em desfavor dos maridos, a mulher, não tendo para onde ir, retorna ao lar e a violência é ainda pior por parte do companheiro quando esse descobre a denúncia.

No cotidiano, o que se observa é que mesmo que a mulher vá à Delegacia e registre a denúncia contra o seu marido e/ou agressor, quando os ânimos se acalmam e o processo não se desenvolve, ela acaba por perdoar e ambos retomam o relacionamento. O homem, receoso com o que pode vir com a denúncia, ameniza suas atitudes e pouco tempo depois, a agressão é retomada. Raras são as queixas nas delegacias e poucos processos têm prosseguimento com efeito positivo. Contudo, com as delegacias especializadas em atendimento à mulher, esses números vêm sofrendo modificações impondo ao Estado um dever de agir. É que, na maioria esmagadora dos casos, o Estado é omissos nos deveres de proteção às vítimas de violência.

O aparelhamento estatal é ineficiente na medida em que a mulher promove a denúncia e o órgão específico não dá seguimento nas investigações, deixando-a totalmente sem amparo. Algumas fazem representação formal no Ministério Público e há a instauração do processo, mas, ainda assim, as medidas restritivas impostas não as exime de um dano maior. Como reflexo disso, observa-se uma convivência do Esta-

do com essa situação, pois deixa de punir um agressor e possibilita que esse dano aflija ainda mais a sociedade, ante o sentimento de impunidade e todo o contexto cultural de domínio masculino. Com isso, a violência aumenta e o caos é instaurado na vida da vítima, isso quando ela ainda tem vida.

Esse papel paternalista imposto ao homem sofreu modificações com a redefinição do modelo de família, a qual colocou a mulher para exercer atividades fora do ambiente doméstico e obrigou ao homem o exercício de certas atividades do lar. Isso provocou um desequilíbrio na relação conjugal e resultou em conflitos no qual cada um usa a arma que possui: os homens, a força física, e a mulheres às lágrimas. (DIAS, 2010).

Esse fator aliado a peculiaridade desse tipo de violência ser, na maioria dos casos, restrita ao lar, influencia negativamente a vítima para realizar a queixa. Ela passa a ter um papel passivo, mas se a queixa não foi feita não ganha publicidade a terceiros. E como o Poder Judiciário necessita de fatos e provas para analisar essas representações sociais a respeito do crime, a manifestação da vítima é imprescindível. O problema é que a Justiça tem certa condescendência com os réus, sempre entrando na linha de questionamentos sobre as atitudes das vítimas, indagando-as sobre seu comportamento moral, tentando induzir, algumas vezes, que a provocação do crime partiu dela, sendo ela a culpada pela sua própria sorte. (DIAS, 2010).

Os operadores do Direito partem do pressuposto das representações sociais visualizadas no comportamento das vítimas no momento anterior e próprio ao crime e os perfis deles para analisar o processo. Esses resquícios de paternalismo são ainda muito comuns no Judiciário, cujos operadores, influenciado por normas sociais, acabam por absolver ou não denunciar determinadas violências. O problema é que as mulheres que saem desse padrão social tido como correto são vítimas da própria Justiça. Por certo que a sociedade sempre outorgou ao macho um papel paternalista. O fato de essa violência ocorrer, frequentemente, no âmbito

do espaço doméstico, não lhe retira o caráter político e, portanto, público, devendo ser enfrentada mediante a implementação de políticas públicas.

No Brasil, a visibilidade da violência contra a mulher ganhou repercussão com o movimento feminista na década de 1970. Essas lutas se ampliaram e, no início dos anos 80, começaram as denúncias de espancamentos e de maus-tratos conjugais, estimulando a criação dos primeiros serviços de atendimentos às mulheres vítimas de violência, a exemplo do SOS mulher e, no âmbito governamental, das delegacias especializadas no atendimento à mulher (DEAM), criadas a partir de 1985.

Observa-se que a violência contra a mulher advém do padrão das organizações desiguais de gênero que, por sua vez, são tão estruturais quanto a divisão da sociedade em classes sociais, ou seja, o gênero, a classe e a raça/etnia são igualmente estruturantes das relações sociais (DIAS, 2010, p.26). As diferenças entre homens e mulheres no contexto da desigualdade de gênero tem na violência física e psíquica contra a mulher a sua face mais cruel.

O problema é que essa agressividade, a cada momento da história, é desenvolvida e encarada sob formas diferentes. Ela pode ser tolerada, encorajada e até mesmo legalizada, a exemplo dos casos de assassinatos de mulheres por seus maridos quando ocorreram adultérios. Devolução da mulher por defloramento³ e absolvição de homens nos chamados crimes em favor da honra são exemplos da conivência social com esses crimes. Nesse contexto, a cada momento da história, a agressividade humana é demonstrada de uma forma diferente:

A agressividade é confinada e domada por inúmeras regras e proibições, que se transformaram em autolimitações. Foi tão transformada, refinada, civilizada como as outras formas de prazer e sua violência imediata e descontrolada aparece apenas em sonhos ou em explosões isoladas que explicamos como patológicas. (ELLAS, 1993, p.10).

³ Termo utilizado no Código de Processo Civil de 1916 em referência ao fato da mulher não ser virgem quando da celebração do casamento que permitia uma das possibilidades de anulação do casamento (artigos 218 e 219), considerado o defloramento um erro essencial.

Os índices de violência contra as mulheres no Brasil são alarmantes e poucas ou inexistentes são as políticas públicas de prevenção ou combate a ela. Isso porque os serviços disponíveis são insuficientes e a falta de profissionais capacitados e/ou sensibilizados para atuarem junto a essa problemática. Assim, a sociedade brasileira convive com suas mulheres e meninas vítimas de violência física, sexual e psicológica. Esse fator é transversal a diferentes rendimentos, classes e culturas, ocorrendo tanto na vida pública, como na privada.

Inúmeros são os casos de violações, abusos sexuais, assédio sexual, intimidação, escravidão sexual, crimes de honra, gravidez forçada, prostituição forçada, esterilização e abortos forçados, infanticídio feminino vivenciados por elas no país. Assim, diante desse cenário caótico, a Lei 11.340/2006 (BRASIL, 2006) representou um grande avanço protetivo para as mulheres.

3.1 Ciclo de violência

A violência contra a mulher representa um processo social advindo de um contexto em que o papel da mulher foi historicamente construído na sociedade de sistema patriarcal. Inúmeros são os resquícios desse modelo de sociedade em que o emprego de violência física e/ou psíquica é considerado normal. Isso traduz um sentimento de superioridade masculina e propicia ao homem exercer seu domínio sobre a mulher e o faz pensar que a agressão constitui um legítimo direito.

As razões para a violência doméstica são divididas em nove categorias: doença mental; álcool e drogas; aceitação da violência por parte do público; falta de comunicação; sexo uma auto-imagem vulnerável; frustração; mudanças; violência com recurso para resolver problemas (LEVY; LANGLEY, 1980).

Muito embora tais fatores possam influenciar na violência contra a mulher, observa-se que é o contexto social e histórico – visualizados no

sentimento de posse do homem sobre a mulher e seus filhos – que transmitem a sensação da impunidade (já que historicamente as instituições como família e religião entendiam como normal e era legalizado essa conduta). Os homens se veem como superiores e mais fortes, como proprietários do corpo e da vontade feminina. Logo, lhes seria lícito agir com elas da forma que bem entendem.

Estigmatizou-se que “os homens precisam ser super-homens, não lhes [sendo] permitido ser apenas humanos. Essa errônea consciência masculina de poder é que lhes assegura o suposto direito de fazer uso da força física e superioridade corporal sobre todos os membros da família.” (DIAS, 2010, p. 16). Observe que o desejo do agressor é submeter a mulher à vontade dele. Ele precisa controlá-la, destruir sua autoestima, fazer críticas constantes para ela acreditar que tudo que faz é errado.

A violência psicológica ocorre de tal forma que a mulher é levada a acreditar que não sabe se vestir socialmente, que não tem capacidade de cuidar dos filhos e nem da casa e tampouco possui desempenho sexual adequado, o que introjeta a ideia de abandono posterior. (DIAS, 2010). Assim, o marido/companheiro minimizam suas ações agressivas impu-tando à vítima a culpa. Esse fator de exibição de força masculina, favorecido pela convivência familiar e pela sociedade, faz com que as mulheres que apanham, aceitem o companheiro como tal. E isso acaba por gerar um ciclo de violência.

Esse ciclo é perverso. Primeiro vem o silêncio, depois a indiferença. Após, reclamações, reprimendas, reprovações e castigos e punições. As agressões verbais passam a empurrões, socos, pontapés. As agressões atingem além do corpo da vítima, vão para humilhações, inclusive na presença dos filhos, os quais são utilizados como mecanismo para manutenção da violência. Se ela reagir, os filhos sofrerão as consequências. (DIAS, 2010).

Mas, socialmente os homens são agradáveis e gentis. A forma como ele encontra para se sentir seguro é agredindo. Na concepção masculina isso é normal, já que sua mãe passou por isso e ele também. A vítima

acredita que vai passar, que é só uma fase e para evitar mais brigas, afasta-se dos amigos, anula a si própria, seus desejos para satisfazer seu companheiro. A angustia e culpa a tormenta. A mulher repensa e se criminaliza pela conduta violenta do marido, entende que é culpada. Esses pensamentos são reforçados pela conduta do homem em culpá-la por seu comportamento, de que se ela não fosse assim ou se mudasse, isso não aconteceria.

Com isso, há uma tendência na culpabilidade da vítima. Introjetam na mente da mulher que ela é a única responsável pela violência sofrida. Essa manipulação faz com que a mulher se torne prisioneira. O medo de se sentir sozinha, atrai o companheiro que, após a violência, traz rosas e presentes. Esse gesto conquista a mulher e automaticamente há reconciliação e paz no ambiente familiar até a próxima briga e agressões. Isso vai se tornando um ciclo.

E como a sociedade a acusa também, ainda que indiretamente, ela acredita que a culpa dela e por isso merece a violência. É uma colocação psicológica tão forte que a mulher chega a pegar objetos para ser agredida. O cenário é triste, mas nos rincões do país, no qual o preconceito ainda é grande, isso constitui uma prática comum. Tem-se que “as feridas e os ossos quebrados se recuperam, o sangue seca, mas a perda de auto-estima, o sentimento de menos valia, a depressão, essas são feridas que não cicatrizam” (DIAS, 2010, p.20).

A violência se torna invisível, protegido pelo segredo do ambiente familiar. O pacto de silêncio entre agredida e agressor imbui a ideia de não punibilidade. Cria-se um verdadeiro círculo vicioso. A mulher não se sente vítima, o silêncio não impõe barreiras e a violência aumenta. (DIAS, 2010). Assim, o ciclo da violência contra a mulher se inicia com a construção da tensão, depois vem a tensão máxima e há a finalização com reconciliação. Observa-se um escalonamento da intensidade e da frequência das agressões que depende do cotidiano do casal. Essas variáveis podem indicar uma repetição cíclica das etapas que tende a fazer com que a agressão seja cada vez mais grave e habitual. (BIANCHINI, 2011)

Esses caracteres de habitualidade e naturalidade, imbuídas na violência doméstica, tornam-na como um dos mais sérios desafios mundiais a ser combatido. A natureza velada das diversas formas de violência físicas, psicológicas, sexuais, morais, patrimoniais no âmbito familiar e a grande incidência e reincidência delas tornam o ciclo cada vez mais vicioso. Em alguns casos, chega ao extremo da brutalidade física, pois a impunidade e culpabilização da vítima, no caso da violência doméstica e familiar, aparece como uma raiz cujo desfecho final atinge o limite extremo: a morte.

E o lamentável é que as mulheres são assassinadas por um simples fator: a sua condição feminina. E, muita embora a violência doméstica e sexual sejam denunciadas pelos movimentos feministas há séculos, nada mais refletem do que a realidade empírica do cotidiano feminino. As mortes constituem apenas um fator, vez que há inúmeros casos além do resultado morte, como por exemplo, danos à saúde física e mental, sendo a própria Maria da Penha um exemplo típico.

Diversas pesquisas já identificaram que preconceitos históricos e culturais, naturalizados socialmente, podem alimentar a inversão da culpa nos casos de violência contra as mulheres. Verifica-se que esse tipo de cultura, além de perpetuar a violência doméstica, alimenta a impunidade e acaba por promover uma tolerância social para as agressões cometidas. Como a própria legislação trabalha essa máxima cultural: as próprias leis não garantiam o direito da não violência doméstica. Um exemplo é o Código Penal brasileiro, datado de 1940, e que até recentemente previa a extinção da punibilidade a um estupro caso se casasse com a vítima.

Desse modo, a mudança cultural configura-se como elemento essencial para alterações na realidade fática das mulheres, haja vista a generalização promovida pelas instituições em culpar as mulheres pela agressão sofrida. Não bastasse o trauma causado pela violência, observa-se que a legislação constitucional e infraconstitucional, os tratados e convenções internacionais, que garantem os direitos da mulher, não se

apresentaram como instrumentos eficazes na solução dessa emblemática. Assim, ainda há um longo caminho para que todas garantias legais configurem-se como efetivas e eficazes, permitindo à mulher o exercício de seu direito de igualdade. A Lei Maria da Penha, embora não tenha garantido plenamente direitos da mulher no tocante à violência doméstica, constitui um grande mecanismo de proteção e igualdade das mulheres.

4 Lei 11340/2006: Maria da Penha

O motivo da Lei 11340/2006 ser chamada de Maria da Penha advém de uma história real ocorrida com Maria da Penha Maia Fernandes. Por várias vezes ela denunciou os abusos que sofria pelo seu marido, mas como nada diferente ocorria, ela chegou a pensar se ela não tinha responsabilidade nas agressões, se o esposo não estava correto em suas atitudes devido à inércia da Justiça. (PENHA, 2007).

É que ela denunciou duas vezes seu cônjuge, M.A.H.V, professor universitário e economista, por tentativa de homicídio. Na primeira vez, em 1983, no Ceará, ele inventou um suposto assalto e com uso de uma espingarda a deixou tetraplégica. E na segunda vez, após alguns dias, nova tentativa de morte por meio de eletrocussão afogamento. Após essa tentativa, ela tomou coragem e denunciou o marido. (PENHA, 2007).

As investigações iniciaram-se em junho de 1983, mas só em setembro de 1984 a denúncia foi oferecida. Em 1991, o marido foi condenado pelo tribunal do júri a oito anos de prisão. Ele recorreu e ficou em liberdade e em 1994 teve seu julgamento anulado. Em novo julgamento, em 1996, ele teve a pena imposta a pena de dez anos e seis meses. Novamente ele recorreu e somente em 2002, o agressor foi preso, quase vinte anos depois. Ficou preso por dois anos. (DIAS, 2010).

A densidade do caso e a impunidade promoveram uma repercussão extremamente negativa. Com isso, o Centro de Justiça e o Direito Internacional CEGIL e o Comitê Latino Americano da Organização dos Estados da América (CLADEM), juntamente com a vítima, formalizaram

uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA). Foi solicitado ao Brasil, por quatro vezes, pedido de informações e em nenhuma delas houve resposta. Assim, em 2001, o país foi condenado internacionalmente por não possuir mecanismos suficientes e eficientes para proibir a prática de violência doméstica contra a mulher. O Relatório da OEA, além de responsabilizar o Brasil por negligência e omissão à violência doméstica, impôs o pagamento de 20 mil dólares em favor de Maria da Penha.

Portanto, no Caso Maria da Penha *versus* Brasil, a ausência de regulamentação interna da Convenção de Belém do Pará levou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a recomendar ao Estado Brasileiro que promulgasse uma lei de proteção específica às mulheres em consonância com a referida Convenção. Desse modo, uma vez reconhecida a responsabilidade internacional por violação de Direitos Humanos, o projeto de lei teve início com o projeto em 2002 e em 2006 foi promulgada a Lei Maria da Penha como forma de corrigir a omissão legislativa do Estado Brasileiro frente a Convenção de Belém do Pará.

4.1. Violência doméstica: abrangência e conceituação legal

Os parâmetros que definem a violência doméstica contra a mulher remete a 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, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, independentemente de orientação sexual. A violência doméstica pode ser compreendida como aqueles atos violentos de origem física, sexual, emocional ou psicológica existente nas relações afetivas e conjugais podendo ser observada entre homens contra mulheres, mulheres contra homens, mulheres contra mulheres e homens contra homens.

Na verdade a violência de gênero ocorre independente de classes sociais, tipos de cultura, de grau de desenvolvimento econômico, podendo

ser vivenciada no espaço público ou privado, sendo praticado em qualquer momento da vida das mulheres. Nas especificações quanto ao tipo de violência, a lei denomina cinco formas: violência física, violência psicológica, violência moral, violência patrimonial e violência sexual.

A violência física é caracterizada pela ofensa à integridade física ou à saúde corporal. Já a violência moral é observada em qualquer conduta que configure calúnia, insulto ou difamação. Entende-se por violência psicológica aqueles danos emocionais que diminuem a autoestima da mulher, prejudicando seu pleno desenvolvimento pessoal, bem como seu controle do comportamento por meio das ações, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação e isolamento, ou, também retira-lhe a liberdade de pensamento e ação. (BRASIL, 2006).

Já a violência patrimonial é compreendida como a retenção, subtração, destruição parcial ou total dos instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos. E a violência sexual configura-se quando há constrangimento da mulher em presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força.

As medidas protetivas de urgência constituem importantes mecanismos de proteção das vítimas, haja vista que transmite uma sensação de segurança ou, pelo menos, garante a realização da denúncia por parte das vítimas. Há preceitos legais que obrigam o agressor, ao mesmo tempo em que encontra-se medida para salvaguardar bens comuns e medidas em favor da ofendidas. Essas medidas evitam um contato imediato entre a vítima e o ofensor após a violência, o que propicia menor humilhação e tranquilidade para as vítimas.

Verifica-se que a naturalização dessas violências diminuiu parcialmente com a edição da lei. As mulheres, enquanto personagens principais da dominação masculina, começaram a se apropriar dos mecanismos trazidos pela Lei Maria da Penha e fazer com que seus direitos sejam garantidos por meio das denúncias de violência.

Muito embora os dominantes (os homens) historicamente construam as relações de dominação sob a perspectiva de algo natural, criando-se uma falsa percepção do dominado (as mulheres) sobre seu corpo e seu valor como pessoa, tem-se que os mecanismos legais de proteção empoderaram as mulheres, de certa forma, da consciência de seus direitos e da ampla concepção que possuem como pessoa.

Nesse sentido, a violência doméstica constitui uma relação hierárquica de poder com o objetivo de dominação, exploração e opressão. Trata-se de um contexto que envolve múltiplos fatores sócio-econômicos-culturais, psicológicos e situacionais. Essa análise multidisciplinar do tema provoca uma avaliação sobre todos esses fatores de modo a se compreender e pensar alternativas públicas para as agressões sofridas em ambiente doméstico.

Por se constituir como um problema social e de saúde pública a violência contra a mulher passou a ser qualificada violação aos direitos humanos e um comportamento criminal. Contudo, por ter um forte componente cultural, a sua superação por meio de leis e normas não se concretizará. Esses mecanismos salvaguardam os direitos das mulheres e, de certa forma, inibem certas agressões. Mas, a mudança de comportamento é que concretizará nas transformações sociais e culturais de nossa sociedade.

4.3 Análise e especificidades da Lei Maria da Penha

A lei expressa em seu texto que a proteção é relativa às mulheres no tocante à violência doméstica. Essa mulher é aquela que venha a sofrer violência no âmbito familiar e também àquela que não conviva mais com o marido. Trata-se de uma violência cuja ação ou omissão ocorra na residência da família ou em razão de qualquer relação de afeto entre a vítima e o agressor.

Para a configuração da violência doméstica não é necessário que as partes sejam marido e mulher e o agressor pode ser tanto um homem

como outra mulher, bastando estar caracterizado o vínculo da relação doméstica de cunhou familiar ou afetivo. (SOUZA, 2007, p. 47). Assim, os conflitos entre mãe e filhos e entre netos e avós podem ser enquadrados na Lei Maria da Penha, caso advenham de ordem familiar.

No caso da vítima, esta será necessariamente uma mulher⁴. Essa qualidade especial estende-se às:

(...) lésbicas, transgêneros, as transexuais e travestis, que tenham identidade com o sexo feminino (...) Não só as esposas, companheiras ou amantes estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica como sujeitos passivos Também as filhas e netas do agressor como sua mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar com ele podem integrar o polo passivo da ação delituosa. (DIAS, 2010, p. 41).

No tocante ao lugar em que o crime pode ocorrer, trata-se do “espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas”, conforme art. 5º, inc. I, Lei 11340/06 (BRASIL, 2006). Note-se que a mulher deve participar dessa relação familiar, da vivência doméstica.

O largo conceito de família afirmado na lei como “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa” (art. 5º, inc. II, Lei 11340/06) evidencia que as mulheres desse convívio estão abrangidas pela lei (BRASIL, 2006). Seja nas famílias anaparentais (formadas entre irmãos), nas homoafetivas e as famílias paralelas no caso de o homem manter duas famílias, e também as monoparentais e uniões paralelas. (DIAS, 2010). As relações de afeto incluem namorados e noivos, os quais, mesmo que não vivam sob o mesmo teto, mas pela relação existente, pode configurar a situação de violência doméstica. Mas a agressão deve advir dessa relação. A causa da violência deve necessariamente ser o afeto.

⁴ Existem posicionamentos contrários. Alguns Juízes já julgaram o homem como sujeito passivo, mas a maioria da doutrina entende que é a mulher.

A Lei Maria da Penha prevê a possibilidade de a vítima retratar-se da representação até o recebimento da denúncia. Tal manifestação, no entanto, precisa ser ratificada perante o juiz e o Ministério Público em audiência especialmente designada para tal fim (art. 16). A vítima deve estar acompanhada de defensor (art. 27). Com isso, o homem/companheiro fica livre do processo criminal ocorrendo a extinção de punibilidade. Contudo, seu nome não é excluído do cadastro mantido pelo Ministério Público (art. 26). Entretanto, feita a representação na polícia e não havendo desistência antes do recebimento da denúncia⁵, não mais cabe retratação. (BRASIL, 2006).

Em sede de violência doméstica foram asseguradas um rol de medidas protetivas no intuito de dar efetividade à lei e, conseqüentemente, assegurar à mulher o direito a uma vida sem violência. Isso porque deter o agressor de forma a garantir a segurança pessoal e patrimonial da vítima e de seus filhos constitui responsabilidade da polícia, Ministério Público e Judiciário. Todos estes órgãos necessitam agir de modo imediato e eficiente.

A Lei traz tanto providências de medidas protetivas de urgência como medidas esparsas. Cabe à polícia o dever de tomar as providências legais cabíveis no instante em que lhe for comunicada a violência doméstica. Também cabe ao Ministério Público a obrigatoriedade em requerer a aplicação de medidas protetivas ou a revisão das que já foram concedidas, para assegurar proteção à vítima.

O Juiz para agir deverá ser provocado e, após isso, ele poderá adotar providência de natureza cautelar (emergencial) caso a vítima manifeste sua vontade. Ainda que a mulher proceda ao registro da ocorrência, é dela a iniciativa de pedir proteção em sede de tutela antecipada. Só assim será formado expediente para deflagrar a concessão de medida protetiva de urgência. Além das medidas requisitadas pela autoridade policial, o juiz pode conceder outras sempre que julgar necessário na ação penal e nas cíveis também. Para se garantir efetividade às medidas deferidas, a

⁵ Procedimento jurídico em que o juiz acata a denúncia e dá início ao processo criminal.

qualquer momento é possível substituí-las ou até conceder outras também, cabendo também o uso de força policial e também a prisão preventiva do agressor. Feitas essas ponderações sobre a Lei Maria da Penha, passa-se a uma análise de dados acerca da violência doméstica em âmbito global e nacional por meio de pesquisas realizadas a despeito da dita lei.

4.3 (In)eficácia dos direitos das mulheres

A violência doméstica contra a mulher consiste em um processo de cunho social advindo do papel reservado à mulher na sociedade. No contexto da sociedade patriarcal brasileira, observa-se que, muito embora a lei tenha diminuído os casos de violência contra a mulher, os números apuráveis (já que grande parte da violência contra a mulher não constituem dados estatísticos seja pela não conhecimento de direitos, medo de represálias, ineficiência dos órgãos estatais, dentre outros) demonstram uma realidade cruel.

No contexto mundial, observa-se uma consciência maior sobre as numerosas formas e manifestações de violência doméstica. A sociedade e as instituições vem discutindo esse tipo de violência, a complexidade de suas causas e principalmente o preocupante aumento delas, seus contextos, gravidades e consequências para as vítimas e seus familiares

Em um estudo sobre homicídios em 2011, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC, 2011) assinalou que as mortes violentas de mulheres eram provocadas, na maioria das vezes, por seus maridos/companheiro no âmbito de suas relações familiares. E o estudo assinalou a maior probabilidade das mulheres morrerem no lar do que fora deles.

Uma pesquisa global realizada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) apontou que mais de 35% das mulheres do mundo já foram vítimas tanto violência física e/ou sexual de seus parceiros íntimos ou de não-parceiros. A OMS, neste estudo realizado em 2013, indicou que, no

cenário mundial, mais de 38% de todas as mortes violentas de mulheres eram cometidas por um companheiro íntimo, em comparação aos 6% dos homicídios de homens. O estudo foi realizado por meio de uma revisão sistemática e compilou dados de 2008 a 2011. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2013).

Para tanto, o OMS definiu que as violências físicas vão desde ser golpeado ou ter contra o indivíduo algo que fere, empurrão, ser atacado com o pulso ou qualquer outra coisa que cause ferimentos, ser chutado, arrastado, espancado, enforcado ou queimado propositalmente e/ou ameaçado com armas de fogo, faca ou outra arma usada contra alguém. Já a violência sexual foi definida como o fato de a mulher ser forçada fisicamente a praticar ato sexual quando não foi de sua própria vontade, praticar ato sexual por medo do que o parceiro possa fazer e ser forçada a práticas sexuais que a mulher considere humilhante e degradante. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2013).

Segundo a OMS, a exposição de mulheres vítimas de violência entre 15 e 19 anos é muito alta (29,4%). Na idade entre 40 e 44 anos ela atinge 37,8%. Mundialmente, estima-se que 7% das mulheres já foram abusadas sexualmente por não-parceiros, mas hoje existem poucos dados sobre a influência da violência sexual na saúde da mulher quando abusada por não parceiros. De acordo com a OMS, 42% de todas as mulheres que já sofreram violência física e/ou sexual perpetradas por parceiros ou não-parceiros, sofreu também ferimentos de diferentes gravidades. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2013).

Observa-se que a violência sexual perpetrada por parceiros e não-parceiros vem crescendo e tornou-se um problema social. O relatório da OMS aponta que mulheres fisicamente ou sexualmente abusadas tem uma tendência maior a ter problemas de saúde. Calcula-se que 16% das mulheres, depois da violência, tem mais chance de dar à luz a bebês com peso abaixo do esperado. A vítima de violência também pode ter até 1,5 a mais de chance de contrair o vírus do HIV se comparada a mulheres que nunca sofreram violência. Além disso, a vítima de abuso físico e sexual

está sujeita, a estimativa de suicídios nessa população chega a 4,5%. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2013).

Esses números refletem a violência sofridas pelas mulheres estatisticamente. Observa-se que a violência contra a mulher tem atingido patamares elevadíssimos, evidenciado a necessidade de implementação de políticas públicas e acompanhamento de instituições internacionais e nacionais com o objetivo de diminuir esses dados e também o trauma por elas vivenciados. Com isso, a mulher terá condições de buscar seu empoderamento, atuando como verdadeira agente social e não como uma mera expectadora coadjuvante de uma sociedade patriarcal.

Assim, resgatar-se-á a cidadania feminina com a adoção de mecanismos de proteção que amparem a mulher do agressor, permitindo que ela denuncie sem temer que sua palavra não seja considerada, vez que só assim será possível dar efetividade à Lei Maria da Penha (DIAS, 2010).

Com a edição da *Lei Maria da Penha* houve uma diminuição da violência doméstica. Segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada IPEA, (2015), diminuiu-se em cerca de 10% a taxa de homicídios contra mulheres praticados dentro das residências das vítimas. Nesse sentido, observa-se que a lei impactou positivamente para o não agravamento da violência doméstica no país. Explicita o relatório do IPEA que:

A superação da violência doméstica é um dos grandes desafios das políticas públicas no Brasil. A Lei no 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha (LMP), sancionada em 2006, representou um marco institucional importante nesse caminho, pois procurou tratar de forma integral o problema da violência doméstica, e não apenas da imputação de uma maior pena ao ofensor. Com efeito, a nova legislação ofereceu um conjunto de instrumentos para possibilitar a proteção e o acolhimento emergencial à vítima, isolando-a do agressor, ao mesmo tempo que criou mecanismos para garantir a assistência social da ofendida. (...) Nossos resultados indicaram que a lei cumpriu um papel relevante para conter a violência de gênero, ainda que sua efetividade não tenha se dado de maneira uniforme no país, uma vez que a sua eficácia depende da institucionalização de vários serviços protetivos nas localidades,

que se deu de forma desigual no território (INSTITUTO DE PESQUISA ECONOMICA APLICADA, 2005, p. 05)”.

A se considerar o contexto social e patriarcal de nossa sociedade, observa-se que políticas de prevenção e reeducação são extremamente necessárias para coibir a violência doméstica. Um conjunto de ações deve ser implementada para esse objetivo se cumpra no campo prático, seja por meio da responsabilização do Estado e dos agressores e, sobretudo, políticas educacionais voltadas aos diversos setores da sociedade para que se conceba uma mudança cultural no país.

É preciso identificar os tipos de violência e tratá-las diretamente, já que, diferentemente da violência física, em que se vislumbra sinais marcantes da agressão, a violência psicológica constitui uma forma de violência difícil de se reconhecer e, muitas vezes é subestimada por não deixar evidências aparentes. Há que se observar que essa violência, assim como as de ordem física, patrimonial, sexual e moral, não podem ser consideradas naturais, devendo-se traçar um diagnóstico precoce para se evitar futuras agressões domésticas, mortes e outros crimes contra a mulher.

Como forma de coibir essas violências, tem-se observado que o acesso à Justiça constitui um elemento primordial para garantia desses direitos. Com isso, para atender a essas demandas, os Estados devem contar com sistemas de Justiça adequados, que garantam o acesso aos mecanismos da Justiça Penal e restaurativa às mulheres vítimas de violência. Isso porque quando o Estado não responsabiliza os autores de atos de violência e a sociedade permite essa situação, a impunidade, além de estimular novos abusos, também transmite a falsa ideia de que a violência masculina contra a mulher é aceitável e, pior, que ela é natural. Como reflexo disso, o resultado dessa impunidade fortalece a cultura reinante da sociedade patriarcal e denega-se justiça às diferentes vítimas/sobreviventes. E, assim, a impunidade pela violência contra a mulher, possibilita o controle dos homens sobre as mulheres.

5 Considerações finais

A desigualdade sociocultural, apesar de todos os avanços no tocante à equiparação entre homens e mulheres, ainda constitui uma das razões da discriminação feminina e, sobretudo, da dominação masculina, que se entende como superior e mais forte. O problema é que essa violência no âmbito central da família introduz a ideia nos filhos (futuras gerações) que o uso da força é natural, o que leva ao mal de muitas outras violências.

A violência praticada contra as mulheres, incluindo a agressão física, sexual e psicológica, patrimonial e moral acaba por redundar na violência de gênero porque se relaciona à condição de subordinação da mulher na sociedade, cuja base advém de papéis socialmente construídos por homens e mulheres.

Em ambiente doméstico, a violência de gênero apresenta características específicas, sendo praticada principalmente pelo parceiro, ex-parceiro, familiares, conhecidos e se repetindo em ciclos. Geralmente, o agressor é aquele que detém o poder de decisão na família ao passo que a vítima é a pessoa que possui uma posição de vulnerabilidade dentro do esquema familiar.

Qualquer ato ou omissão perpetrada por um membro da família (em geral o marido ou parceiro atual ou anterior) que afete negativamente o bem-estar, a integridade física e psicológica, a liberdade ou o direito ao pleno desenvolvimento de uma mulher constitui uma violência doméstica. As violências são caracterizadas por xingamentos, falas rudes, humilhações, desqualificações em público ou restrição da liberdade, cárcere privado, tapas, beliscões, empurrões, socos, quebra de um braço, perna, nariz, ou mesmo queimaduras, ameaças com uso de armas, como faca ou revólver. E também por meio de sexo forçado por medo, por coerção física ou espancamentos, dentre outros.

As vítimas dessas violências apresentam sérios outros problemas de saúde além daqueles advindo da violência doméstica. Elas podem vir a

desenvolver problemas psicológicos maiores devidos às experiências vividas, tendo maior probabilidade de terem depressão e cometerem suicídio. Assim, garantir o direito à proteção dessas vítimas vai muito além de garantir a igualdade de gênero, trata-se de garantir a vida. E somente a lei não será capaz de atingir tal fim.

O problema é multidisciplinar e deve ser analisado por juízes, psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais. Portanto, é necessário ir além da ideia de que a lei solucionará todos os problemas da violência contra a mulher no país. É necessário repensar formas e maneiras de tratar o antes, o durante e o depois. A lei deve ser transcendida.

Nesse sentido, as lutas pelas conquistas dos direitos femininos não acabam com a edição de legislações e, sim, emergem para a implementação desses direitos por meio de políticas públicas, tratando-se de um exercício diário. Logo, implementação de políticas públicas que desenvolvam e trabalhem com as mulheres seus direitos tanto do ponto de vista econômico, como no político, jurídico e social são medidas urgentes.

Assim, as mulheres se empoderarão e terão condições de identificar seus problemas e desenvolvê-los por meio de métodos participativos, de recursos próprios, com habilidade e confiança necessários para abordá-los e resolvê-los. Essa abordagem enfatiza o papel das mulheres como sujeitas de mudança e as prioriza como donas do processo.

Dessa forma, as barreiras culturais, que têm se mostrado mais fortes do que as leis criadas, serão vencidas de modo a elevar a mulher a sua real posição de igualdade intelectual, civil, trabalhista e ao pleno exercício de sua cidadania. Logo, o pensamento retrógrado de tratar a mulher como mero objeto de procriação e considerá-la como propriedade dos homens, constituirá um fator histórico e não mais a realidade fática do país. E, enfim, as mulheres terão sua tão sonhada dignidade plena.

6. Referências

BIANCHINI, Alice. **O ciclo da violência doméstica contra a mulher**. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/os-ciclos-da-violencia-domestica-contra-a-mulher/>, 2011, Acesso em 21 mai 2017.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17. ed. São Paulo: Editora RIDEEL, 2017.

BRASIL, **Lei 11.340/2006**. Lei de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm, Acesso em: 20 jun. 2017.

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: Revista dos tribunais, 2010. 284 p.

ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador**, vol. 2: Formação do Estado e Civilização. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1993.

ESTATÍSTICA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/11/violencia-domestica-e-causa-de-dois-tercos-das-denuncias-de-agressoes-contra-a-mulher>. Acesso em 04 abr 2017;

FACULDADE LATINO-AMERICANA DE CIÊNCIAS SOCIAIS. Mapa da Violência 2012: Caderno Complementar 1: Homicídio de Mulheres no Brasil. Acesso em: 01 de setembro de 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA E ECONÔMICA APLICADA - IPEA. Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil. 2013. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf. Acesso em: 20 DE jun. 2017.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. <http://www.institutomariadapenha.org.br/>, acesso em 02 abril 2017.

LANGLEY R, LEVY RC, Carina CG. **Mulheres espancadas: fenômeno invisível**. São Paulo: Editora Hucitec; 1980.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Gênero, discriminação e tráfico internacional de mulheres**. Estudos sobre a efetivação do direito na atualidade: a cidadania em debate. Organizadora: Lília Maia de Moraes Sales. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2006.

MARQUES, Teresa Cristina de Novaes; MELO, Híder Pereira de. Os direitos das mulheres casadas entre 1916 e 1962. Ou como são feitas as leis. **Revista de Estudos Femininos**, vpl. 2, n.º 2, 2008). Disponível em: <file:///D:/DOCUMENTOS/artigos%20tiago/9539-28422-1-PB.pdf>. Acesso: 20 JUN. 2017.

MINAYO. MCS. **A violência social sob perspectiva da saúde pública**. Caderno Saúde Pública 1994; 10 Suppl 1:7-18.

MULHERES DE OLHO. Disponível em: http://www.mulheresdeolho.org.br/?page_id=4. Acesso em: 02 abr 2017.

PATEMAN, C. O Contrato sexual. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PASINATO, Wania. Justiça para todos: os juizados especiais criminais e a violência de gênero. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 53, p. 201-239, mar./abr. 2005.

PESQUISA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E ACESSO À JUSTIÇA: estudo comparativo sobre a aplicação da Lei Maria da Penha em cinco capitais (Cepia 2013). Disponível em http://www.cepia.org.br/pesquisa_out.pdf, acesso em 20 mai 2017.

PENHA, Maria da. **Antes de tudo, uma forte Entrevista concedida à revista Leis e Líras**, n 6, ano 11, p. 20 -24 , Fortaleza, 2007 .

PITANGUY, Jacqueline. As mulheres e os direitos humanos. In: Unifem. **O Progresso das Mulheres no Brasil**, Brasília, Cepia/Ford Foundation, 2006.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. OMS, Estimativas mundiais e regionais da violência contra mulheres: prevalência e efeitos na saúde da violência doméstica e sexual, versão integral em inglês, p. 26.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Modelo de protocolo latino- Modelo de protocolo latino-americano americano de investigação das mortes violentas de investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero de mulheres por razões de gênero (femicídio/feminicídio). 2014. Disponível em: Acesso em: 21 de agosto de 2015.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a economia política**. Tradução Luis Costa Dias. Livro Eletrônico. Lisboa: Biblioteca Nacional de Portugal, 2014.

SENADO FEDERAL: Discussão acerca da violência de gênero. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503037/001011302.pdf?sequence=1/violenciadegenero>. Acesso em: 02 abr 2017;

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha 11340/2006**. Curitiba: Juruá, 2007.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC) Estudo mundial sobre homicídios, 2011. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpobrazil//noticias/2011/10-outubro/Globa_study_on_homicide_2011_web.pdf. Acesso em 20 jun. 2017.

XAVIER, E. **Declínio do patriarcado: a família no imaginário feminino**. Rio de Janeiro: Record, Rosa dos Tempos, 1998.

Reconhecimento das uniões poliamorosas e direitos fundamentais: apontamentos críticos sobre o processo no Conselho Nacional de Justiça(CNJ)

Rainer Bomfim^{1_2}

*Luísa Marques Reis*³

*Maria Carolina Souza de Lima*⁴

“Escrever é sacudir o sentido do mundo”

(Roland Barthes)

1. Introdução

Entre abril de 2016 e junho de 2018, o julgamento das uniões estáveis que reconhecia as Uniões Poliamorosas esteve em discussão no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o que chamou atenção da população e da opinião pública para se questionar se ordenamento jurídico pátrio poderia reconhecer tal constituição familiar e lhes atribuir o status de família.

Assim, diante do recente julgamento, o trabalho tem como objetivo apresentar o referido caso em suas peculiaridades, demonstrar o que foi

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Bolsista de Iniciação Científica Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (FAPEMIG). Coordenador discente do Núcleo de Direitos Humanos-UFOP. Membro do grupo de Estudos “Omissão Legislativa e o papel do Supremo Tribunal Federal: estudo sobre a ADO nº 26”.

² Parte desse estudo é realizado com apoio da FAPEMIG.

³ Bacharelada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro da Equipe de Mediação Empresarial da PUC Minas. Membro do grupo de estudos “Direito e Literatura em Jacques Derrida”.

⁴ Bacharelada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do Grupo de Estudo em Direito Civil e Processual Civil.

discutido no CNJ, analisar a sentença e tecer apontamentos críticos quanto à postura dos magistrados.

Para explicar e conceituar a questão, divide-se o primeiro ponto apresentado em uma breve conceituação de Direitos Fundamentais e do Direito à Igualdade, utilizando-se conceitos de Gilmar Mendes e Alexandre Bahia para nortear as questões estudadas; definindo, ainda, os conceitos de famílias e de poliamor.

Em seguida, apresenta-se como está(va) a situação jurídica das famílias poliamorosas e, logo na sequência, mostra-se a tramitação do caso no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que discutiu o reconhecimento das famílias poliamorosas via registro de união estável cartorial. Por fim, traz-se as conclusões dos trabalhos confrontando os conceitos apresentados no decorrer do trabalho. Com a produção, deseja-se fomentar o debate acadêmico das questões trazidas, com ênfase na discussão sobre o reconhecimento das famílias poliamorosas, sem a pretensão de apresentar conceitos e respostas fechadas.

2 Direitos fundamentais

Entendem-se os chamados Direitos Fundamentais como aqueles atribuídos aos indivíduos e à sociedade através da construção jurídico-histórico social pela norma máxima daquele país, como diz:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se invertem a tradicional relação entre o Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direito, e, depois, deveres perante o Estado e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo assumem se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos. (MENDES, 2015, p.136)

Dessa forma, com base nesses conceitos tende-se a dividir os Direitos Fundamentais por Gerações ou Dimensões, sendo que, na primeira geração, se destacam os Direitos pertinentes à esfera de autonomia pessoa e expansão dos poderes (liberdades individuais). Por sua vez, os

Direitos da Segunda geração são aqueles que buscam estabelecer uma liberdade real e igualitária para todos, com foco naqueles relacionados aos Poderes Públicos. Com certeza, o Direito à Igualdade se destaca nesta geração (no qual será descrito no tópico posterior). Em sequência, os Direitos da Terceira geração são conhecidos como aqueles relacionados às demandas particulares ou coletivas, uma vez que são concebidos para a proteção da sociedade como um todo (BOMFIM, BAHIA, 2018).

2.1. Igualdade como Direito Fundamental

A Constituição Federal de 1988 trouxe direitos e garantias – sendo uns adquiridos e outros renovado – para todos os cidadãos, sem qualquer distinção de gênero, raça, religião ou cor; sendo a igualdade jurídica também garantia em nosso ordenamento jurídico no artigo 5º da Constituição da República de 1988.

Entre os vários desafios de consolidação do Estado Democrático de Direito destacam-se o reconhecimento do pluralismo e da diversidade. Ao contrário dos paradigmas de Estado anteriores, que pressupunham a homogeneidade social, racial, religiosa, e/ou de padrões “normais” de sexualidade (BAHIA, 2004, p.315), o Estado Democrático de Direito toma a heterogeneidade, o pluralismo e a diversidade não apenas como dados, mas como elementos essenciais justamente para a constituição do Estado e para a garantia e efetividade dos direitos fundamentais (BOMFIM, BAHIA. 2018).

A diversidade cria um espaço que possibilita o debate para possíveis soluções aos problemas sociais-políticos-jurídicos de um Estado, e não um problema que deva ser eliminado pela construção da ideia de “um povo homogêneo”. Agora, ao se partir da pluralidade e da diversidade – ao invés de desconsiderá-las, como os liberais ou de tentar eliminá-las, como os defensores do Estado-Providência –, o Estado Democrático de Direito pode lidar melhor com a luta pelo reconhecimento das minorias, luta que envolve igualdade, como Direito Fundamental, sendo definidos

como isonomia (igualdade perante a lei), igualdade como equidade (ou igualdade material) e igualdade como diversidade (que percebe que grupos se autoatribuem traços distintivos e que tais devem ser preservados) (BAHIA, 2013).

Dentro do que se pode chamar de “direito à diversidade”, uma questão específica nos chama a atenção e sobre a mesma será direcionada a pesquisa: o reconhecimento de famílias poliamorosas. Sendo que além das normas constitucionais, o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que garantem a igualdade e o Direito à Diversidade como Direitos Fundamentais. Assim, pode se valer desses instrumentos para a efetivação de um direito que está dimensionado em nossa Constituição.

3. Conceito das famílias: poliamor como uma entidade familiar

Diante dos conceitos trazidos sobre o Direito à Diversidade, quando se trata das diversas constituições famílias faz-se necessário conceituar as entidades familiares reconhecidas e tuteladas pelo Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição Federal da República). De tal forma, que numa concepção inicial, acerca do conceito das famílias no âmbito jurídico, tem-se como referência o conceito constitucional, que dispõe:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (BRASIL, 1988)

Sendo que, em uma análise restritiva do texto legal, o reconhecimento estatal da instituição família seria apenas aquela composta por homem e mulher, sendo assim, uma visão redutora das complexidades.

Entretanto, essa interpretação não coaduna com os demais princípios constitucionais, como, principalmente, os princípios da Dignidade da Pessoa Humana (art.1.º, inciso III da CF/88), Igualdade (art. 5.º, caput da CF/88)[3], Livre desenvolvimento da Pessoa Humana, não discriminação (art. 3 da CF/88); também não sendo o entendimento adotado pelos tribunais superiores.

Em se tratando da Constituição Federal de 1988, é importante ressaltar o seu caráter plural, visto que se mostra como uma constituição cidadã que traz diversos formatos das famílias que extrapolam as entidades tradicionalmente matrimoniais apresentadas, como, a título exemplificativo, as famílias monoparentais. Dessa forma, as famílias não se expressam no formalismo constitucionalmente definido com moldes fechados (FACHIN, 2001, p. 126) e o rol do art. 226, parágrafo 3.º e 4.º tem natureza meramente exemplificativa para a compreensão do que são as famílias na sociedade (RODRIGUES JUNIOR, ALMEIDA, 2009, p.46).

Assim, quando se preocupa em trazer a compreensão de famílias contemporâneas, deve se apresentar sob o reconhecimento deste instituto como uma função da construção da estruturação pessoal, para a livre e plena formação daqueles que a compõem (RODRIGUES JUNIOR, ALMEIDA, 2009, p. 59).

Ressalta-se que, na definição do conceito de família, em nenhum momento se define a forma a ser exercido, o gênero dos seus integrantes ou a quantidade de pessoas necessárias para a existência de uma família, sendo que o próprio STF, em 2011, na ADPF 132 e na ADI 427 reconheceu a possibilidade da União Estável entre pessoas do mesmo sexo.

Em tempo, não se pode pautar a definição do conceito também quanto ao número de pessoas integrantes naquele núcleo familiar, pois as demandas familiares são plurais (RODRIGUES JUNIOR, ALMEIDA, 2009, p. 44, RODRIGUES JÚNIOR, 2015, p. 306) e em uma sociedade complexa, como a Brasileira, tem-se múltiplas formas de se constituírem famílias, como as famílias poliamorosas, que são conceituadas como:

O poliamor se trata de relação afetiva íntima entre mais de duas pessoas, que, de forma transparente, e gozando da sua autonomia da vontade, exercem seu direito de se relacionarem afetiva e sexualmente, com o intuito duradouro. (RAMALHO NETO, 2015, p. 95).

No mesmo sentido, na tentativa de definir famílias poliafetivas:

[...] integrada por mais de duas pessoas que convivem em interação afetiva dispensada da exigência cultural de uma relação de exclusividade apenas entre homem e mulher vivendo um para o outro, mas sim de mais pessoas vivendo todos sem as correntes de uma vida conjugal convencional. É o poliamor na busca do justo equilíbrio, que não identifica infíéis quando homens e mulheres convivem abertamente relações afetivas envolvendo mais de duas pessoas (MADALENO, 2012)

Dessa forma, numa interpretação jus-principiológica dos princípios basilares do Direito das Famílias - quais sejam Livre Desenvolvimento das Personalidades, Pluralidade das Entidades Familiares, autonomia privada (RODRIGUES JÚNIOR, 2015, p. 303) e Igualdade - as famílias poliamorosas encontram embasamento jurídico no Ordenamento Jurídico brasileiro e devem ter suas uniões estáveis reconhecidas, nos moldes da interpretação do art. 1723 do Código Civil de 2002.

4. Situação jurídica das famílias poliafetivas

Os avanços da Constituição de 1988, no que diz respeito à ampliação do conceito de família, juntamente com o reforço na proteção da autonomia privada dos indivíduos, alterou o panorama jurídico na medida em que possibilitou o reconhecimento de novas entidades familiares. Dentre essas entidades, têm-se as uniões poliafetivas, que já são uma realidade existente na sociedade brasileira contemporânea.

Desde o ano de 2012, mais de 30 registros de uniões poliafetivas já foram realizados em todo o Brasil, o que reitera a existência desses núcleos familiares e demonstra que os envolvidos desejam ter reconhecida a forma a qual optaram viver a experiência afetiva no âmbito familiar.

Na esteira dessas mudanças culturais, Rodrigo da Cunha Pereira, presidente da Associação Brasileira de Direito de Família, afirma que “a tendência, no direito da família, é o estado se afastar cada vez mais da vida das pessoas. A família não é um fenômeno da natureza, mas da cultura”⁵. Sendo assim, latente é a necessidade do Estado e do Direito de se adequarem às mudanças sociais, ao invés de engessá-las.

No entanto, o que se percebe é grande resistência na aceitação desses novos núcleos familiares. Isso porque os registros de uniões poliafetivas que ocorreram no país ensejaram o pedido de providências formulado pela ADFAS - Associação de Direito de Família e Sucessões e direcionado ao CNJ, requerendo fosse declarado proibido que os cartórios de notas do país procedam ao registro de união estável de relacionamentos não monogâmicos.

A seguir, far-se-á uma breve análise do processo de nº 001459-8.2016.2.00.0000 tramitado no CNJ, que acatou, em 26 de junho de 2018, o pedido de providências da ADFAS para proibir o registro das uniões poliafetivas no Brasil.

5. Processo no conselho nacional de justiça: tramitação à sentença

Antes de tudo, mostra-se imprescindível esclarecer o motivo que ensejou a instauração do referido processo. Como já dito anteriormente, dois cartórios paulistas, sendo um de Tupã e o outro de São Vicente, registraram escrituras públicas de dois “trisaís”, oficializando a relação amorosa entre um homem e duas mulheres, em ambos os casos.

Neste sentido, em abril de 2016, a Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) apresentou pedido de providência perante o Conselho Nacional de Justiça, sustentando (1) a inconstitucionalidade na lavratura de escritura pública de união poliafetiva, devido à falta de eficácia jurídica e violação dos princípios familiares, das regras

⁵ Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/01/1732932-casais-de-3-ou-mais-parceiros-obtem-uniao-com-papel-passado-no-brasil.shtml>, acessado em 23 jul.. 2017.

constitucionais sobre família, da dignidade da pessoa humana, das leis civis e da moral e dos costumes brasileiros; (2) a expressão “união poliafetiva” ser um engodo, vez que procura validar relacionamentos com formação poligâmica, o que é expressamente vedado pela Constituição Federal; (3) a Constituição Federal é expressa ao limitar a constituição de união estável a duas pessoas, havendo, portanto, um equívoco nas referências à “lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea”, constantes nas escrituras. Assim, pleiteou, cautelarmente, a proibição da lavratura de escrituras públicas de uniões poliafetivas pelas serventias extrajudiciais do Brasil e, no mérito, a regulamentação da questão pelo CNJ.

A respeito do tema, manifestaram-se o Colégio Notarial do Brasil/CF (CNB/CF), o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero (GADvS) e o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

O CNB/CF posicionou-se contrariamente ao pedido pleiteado pela ADFAS, afirmando que a atividade notarial no país é autônoma e independente para a prática de atos e assessoramento jurídico imparcial às partes. Assim, cabe ao notário expor às partes interessadas a ausência de legislação e possível apreciação judicial da questão no futuro, não podendo, contudo, impedir o exercício da autonomia privada. "A escritura pública declaratória de vínculo 'poliafetivo' forma uma prova qualificada, não havendo justificativa para o pedido de proibição da lavratura do ato".

Igualmente entenderam pela improcedência do pedido o GADvS e o IBDFAM. Por outro lado, a Associação dos Notários Registradores do Brasil (ANOREG/BR) manteve-se silente.

O julgamento teve início após dois anos, quando o relator do caso, Conselheiro João Otávio de Noronha, julgou procedente o pedido de providência da ADFAS. Nas palavras do Ministro, “os pouquíssimos casos [de relações poliafetivas] existentes no país não são aptos a demonstrar mudança do pensamento social e levar ao reconhecimento da entidade familiar”. Ainda neste sentido, afirmou que “a ausência de provocação judicial, os raríssimos casos de lavratura de escritura pública, os incipien-

tes debates e o fato de o comportamento ser bastante recente indicam que a questão ainda é embrionária e possui pouquíssimos adeptos”, o que demonstraria uma “falta de amadurecimento acerca das implicações e consequências advindas da relação poliamorosa”.

No mesmo dia, o Conselheiro Aloysio Corrêa pediu vista dos autos, interrompendo o julgamento. Ainda assim, tanto o Conselheiro Luciano Frota quanto o sub-procurador-geral da República, Aurélio Virgílio, informaram desde já possuírem entendimento diverso daquele exposto pelo Ministro relator.

O julgamento, então, foi retomado no dia 22 do mês seguinte, quando os Conselheiros Márcio Schiefler, Fernando Mattos, Iracema Vale e Valtércio de Oliveira acompanharam o voto do relator.

Por outro lado, o Conselheiro Aloysio julgou o pedido parcialmente procedente. Em seu voto, o julgador afastou a vedação às escrituras, desde que a união poliafetiva não fosse equiparada à união estável para efeito de constituição de família. No mesmo sentido se pronunciaram os Conselheiros Arnaldo Hossepian e Daldice Santana.

Destaca-se que o Conselheiro Luciano Frota foi o único a julgar totalmente improcedente o pedido de providência, entendendo que não caberia ao CNJ impor qualquer restrição às escrituras para as relações poliafetivas. Ressaltou ainda que tais relações amorosas devem ser consideradas como um tipo de união estável. Na mesma oportunidade, o Conselheiro Valdetário Monteiro pediu vista dos autos, de modo a suspender novamente o julgamento.

No dia 26 de junho de 2018, o julgamento teve desfecho. Os Conselheiros Valdetário Monteiro, André Godinho e Maria Teresa Ulile seguiram o voto do Ministro Noronha, ao passo que Henrique Ávila e a Presidente Cármen Lúcia divergiram, julgando parcialmente procedente o pedido.

Findo o julgamento, restou firmada a impossibilidade de reconhecimento de poliafetividade como entidade familiar. Dessa forma, determinou-se a proibição de lavratura de escrituras de uniões poliafeti-

vas por Tabelionato de Notas, sendo vedado aos cartórios emitir qualquer documento que reconheça união estável entre mais de duas pessoas.

6. Atuação do IBDFAM perante o processo em questão

A atuação do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família no caso em questão demonstrou o perfil dinâmico da instituição, que se atenta em acompanhar as mudanças da sociedade e trabalha em prol da adaptação do ordenamento jurídico ao panorama fático da modernidade. O posicionamento prospectivo do IBDFAM é relevante, uma vez que reafirma a ideia de que o Direito é um organismo vivo que reflete os costumes sociais, sendo fruto das manifestações culturais de uma determinada sociedade. Sendo assim, o Direito deve se adequar às mudanças perpetradas ao longo dos anos pelo surgimento de novas formas de interação social, de modo que admitir o oposto seria ignorar a efemeridade intrínseca dos seres humanos.

Intimado a manifestar-se acerca do tema nos autos do processo, o IBDFAM defendeu a improcedência do pedido, alegando a inexistência de rol taxativo de formas de constituição de família na Constituição Brasileira. Apontam que, estando diante de um estado democrático e laico, a pluralidade de ideias e de conformações sociais são asseguradas, de modo a garantir, assim, a constituição de múltiplas formas de famílias, incluídas as uniões poliafetivas.

Nessa esteira, sustentam que o não reconhecimento jurídico das uniões poliafetivas em igualdade à união entre apenas dois indivíduos seria uma negativa aos princípios da liberdade, igualdade e da não intervenção estatal na vida privada, uma vez que a entidade familiar não se configura pela adequação a uma estrutura legal predefinida, mas sim pela realização de uma função constitucional.

Relativamente à proibição do registro de união estável das famílias poliafetivas, o advogado Marcos Alves da Silva, diretor nacional do IBDFAM, pontua:

Como sabido, a união estável é um fato social ao qual o Direito atribui efeitos legais. A união estável não é constituída por um ato cartorial como o casamento. Ela é primeira e fundamentalmente um fato. O pacto de união estável nada mais é que uma declaração de autorealhecimento do fato pelos partícipes daquela relação. Eles declaram que existe e que reconhecem a existência de sua união⁶

Com esses dizeres, o IBDFAM é contundente ao demonstrar que a autonomia privada de cada indivíduo lhe permite definir a forma como deseja direcionar sua vida pessoal amorosa. Isso porque a autonomia privada garante ao indivíduo erigir seu próprio conceito de vida boa e agir de forma a buscar tal objetivo. (DADALTO, p. 18, 2010). Assim, a interferência estatal nessa esfera seria uma afronta ao espaço de autonomia individual, além de verdadeira hierarquização das formas constituídas de família.

7. Considerações finais

Quando se trata de Direitos Fundamentais e as constituições das famílias, questiona-se até que ponto a intervenção estatal pode limitar o livre desenvolvimento da personalidade e dignidade de cada indivíduo pelo reconhecimento jurídico sobre aquele instituto.

Obviamente, a pergunta traz mais questionamentos (dentro de si) sobre seus conceitos e implicações fáticas do que respostas hermeticamente fechadas, pois quando se trata das famílias, instituições centrais do Estado, junto delas decorrem direitos e deveres, logo, trazem apontamentos conservadores e utilitaristas sobre os impactos do reconhecimento de tais medidas.

Entretanto, um Estado Democrático de Direito, constituído por uma sociedade plural, complexa e diversa, deve se adequar às mudanças ao

⁶Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6600/CNJ+come%C3%A7a+a+debater+a+possibilidade+das+escrituras+p%C3%BAblicas+de+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+poliafetiva> . Acesso dia 26 jul. 2018.

longo dos anos pelo surgimento de novas formas de interação social, pautando-se no bem estar do indivíduo e na promoção da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, diante da exposição conceitual dos direitos e a concepção das famílias, que pode ser o mais plural possível para garantir o livre desenvolvimento da personalidade jurídica, além da situação fática das famílias poliamorosas no Brasil, a decisão no processo pelo CNJ é entendida como equivocada, haja vista que a Constituição deve ser lida sempre no sentido de ampliar direitos e nunca restringir, sendo que as modalidades estabelecidas como famílias na Constituição da República de 1988 é um rol exemplificativo e aceita (como também incentiva) as múltiplas formas de constituição de famílias, sem hierarquizar ou ferir a liberdade de cada indivíduo.

Todavia, posturas conservadoras dentro do Poder Judiciário não se apresentam como atitudes isoladas, mas, na atual conjuntura, podem ser lidas como a regra dentro dos Poderes da República (em seu sentido *latu*), uma vez que em que o Poder Legislativo⁷ também se nega a reconhecer tais entidades familiares. Ademais, dentro do Poder Executivo também não se tem políticas públicas que visam o reconhecimento dessas famílias. Dessa forma, percebe-se uma onda conservadora que coabita tais instituições e poderes que necessitam de uma reformulação para tratar a Diversidade como ponto fundante do Estado Democrático de Direito.

Assim, após as considerações sobre o processo e sobre a omissão institucional dos Poderes da República, os autores buscaram apresentar questionamentos e frustrações para dar continuidade às pesquisas sobre poliamor e contribuir para o debate dentro dos Direitos das Famílias e de Direitos Fundamentais, pois frente a tal posicionamento do CNJ, que restringiu as possibilidades do registro das Uniões Estáveis via cartório, volta-se ao espaço acadêmico o dever da escrita como uma forma de sacudir o mundo, como já trazia Roland Barthes.

⁷ Sobre Omissões Legislativas ler em <http://izabelahendrix.edu.br/pesquisa/anais/arquivo-2017/estado-brasileiro-e-normas-internacionais-analise-sobre-a-viabilidade-ajuizamento-da-denuncia-de-homo-transfobia-institucionalizada-perante-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos/viewem> que os autores Alexandre Bahia e Rainer Bomfim trazem outras questões sobre Omissões Legislativas.

Por fim, com o intuito de expansão e continuidade das ideias apresentadas, sugere-se a pesquisa sobre os conceitos de famílias poliamorosas com a densificação das bases teóricas, estudo comparado como outros ordenamentos jurídicos que recepcionam tais entidades familiares em seus plexos jurídicos e o estudo sobre a coabitação do conservadorismo dentro dos Poderes da República.

8 Referências

ALVAREZ, Rogério. **União poliafetiva não é inconstitucional**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-26/advogado-união-poliafetiva-nao-inconstitucional>, acessado em 23 de julho de 2018.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; BOMFIM, Rainer. **Estado brasileiro e normas internacionais: análise sobre a viabilidade do ajuizamento da denúncia de homotransfobia institucionalizada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Direito Izabela Hendrix, v. 18, p. 54-66, 2017.

BAHIA, Alexandre. Proteção à Minoria LGBT no Brasil: avanços e desafios In: JUBILUT, Liliانا L.; BAHIA, Alexandre; MAGALHÃES, José L. Quadros de. ***Direito à diferença: Aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis***. São Paulo: Saraiva, v.2, 2013, p. 339-374.

BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco A efetivação do direito fundamental à igualdade e os casos paradigmáticos da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre orientação sexual. In: **III Congresso Interdisciplinar de Pesquisa, Iniciação Científica e Extensão**, 2018, Belo Horizonte. III Congresso Interdisciplinar de Pesquisa, Iniciação Científica e Extensão. Belo Horizonte: Izabela Hendrix, 2018. v. 3. p. 422-436

BRASIL.CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). 8. ed. (BRASÍLIA/DF;CNJ). 2018.

CANATO, Reinaldo. Cartórios são proibidos de registrar uniões poliafetivas decide CNJ. **Folha de São Paulo**. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/06/cartorios-sao-proibidos-de-registrar-unioes-poliafetivas-decide-cnj.shtml>Acesso dia 24 jul. 2018.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACEDO, Fausto. **Poliamor divide conselheiros do CNJ que suspendem sessão. Política Estadão**. Acesso dia 20 de julho de 2018. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/poliamor-divide-conselheiros-do-cnj-que-suspendem-sessao/>

MACEDO, Fausto. **Cartório não podem registrar relações poliafetivas como União estável decide CNJ**. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/cartorios-nao-podem-registrar-relacoes-poliafetivas-como-uniao-estavel-decide-cnj/>Acesso dia 19 jul.2018.

MADALENO, Rolf. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/escritura-de-uniao-poliafetivaimpossibilidade/9754>. Acesso em: 10 maio 2018

NETO, Deodato José Ramalho. A possibilidade do poliamorismo enquanto direito personalíssimo e a ausência de regulamentação no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. p. 95. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/721>>. Acesso em: 20 maio 2018.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir ALMEIDA. **Direito Civil**: Famílias. 2.ed. São Paulo: Atlas. 2009.

RODRIGUES JÚNIOR, W. E. **Autonomia Privada nas Relações Familiares**. In: Carlos José Cordeiro; Josiane Araújo Gomes. (Org.). *Temas Contemporâneos de Direito das Famílias*: Volume 2. 1ed. São Paulo: Editora Pílares, 2015, v. 2, p. 303-326.

TEIXEIRA, Matheus. CNJ proíbe que cartórios uniões poliafetivas. **JOTA**. Disponível em <https://www.jota.info/justica/cnj-proibe-que-cartorios-unioes-poliafetivas-26062018>Acesso 24 jul.2018.

TEIXEIRA, Matheus. Poliamor CNJ discute reconhecimento de união estável com mais de duas pessoas. **JOTA**. Disponível em <https://www.jota.info/justica/poliamor-cnj-discute-reconhecimento-de-uniao-estavel-com-mais-de-duas-pessoas-24042018>Acesso dia 23 jul.2018.

SOUZA, I. A.; TAVARES, F.H. ; FERREIRA, I. E. V. ; BOMTEMPO, T.V. . Apontamentos para o reconhecimento das uniões homossexuais face ao paradigma do estado democrático de direito. **Revista Direito GV**, v. 6, p. 443-468, 2010

**Refugiados LGBTI no Brasil:
as contradições enfrentadas por pessoas duplamente
invisibilizadas no processo de concessão de refúgio
por perseguição em razão da orientação sexual
ou da identidade de gênero**

Leandra Chaves Tiago¹

*Julieth Laís do Carmo Matosinhos Resende^{2**}*

1. Introdução

A incorporação dos direitos das pessoas LGBTI³ é uma tarefa árdua tanto do ponto de vista teórico quanto prático, com reflexos no direito interno e internacional. O Direito Liberal adota discurso universalizante dos Direitos Humanos, as diferenças tendem a ser eliminadas, tudo passa a ser padronizado, homogeneizado, categorizado e etiquetado em esquemas binários necessários ao mercado.

É dizer, não se supera a fórmula homogeneizadora e padronizadora que sobrepõe as diferenças culturais, regionais, religiosas, sexuais, para erigir um padrão de “normalidade” a que todos os que estão sob certo território com-

¹ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduada *Latu Sensu* em Ciências Penais pela Faculdade Anhanguera-Uniderp. Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Membro do Grupo de Pesquisa Gênero, Sexualidade e Direitos Fundamentais. E-mail: leandratiagoadv@gmail.com.

² Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna-MG. Assessora Jurídica na Procuradoria Municipal de Jeceaba. Membro do Grupo de Pesquisa. E-mail: juliethmatosinhos@yahoo.com.br

³ Lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e pessoas intersexo.

partilham tudo isso sob o signo universal e dissolvente dos “direitos humanos”. (MORAES; BAHIA, 2015, p.148).

Tem-se uma constante luta por reconhecimento dos que estão à margem do “padrão imposto” e que, por isso mesmo, são discriminados, segregados, violentados e punidos. Para JUDITH BUTLER, o sexo e o gênero não são simples categorias analíticas, mas relações de poder marcadas e formadas por práticas discursivas. “A diferença sexual, entretanto, não é, nunca, simplesmente, uma função de diferenças materiais que não sejam, de alguma forma, simultaneamente marcadas e formadas por práticas discursivas” (BUTLER, 2000, p. 151). O arquétipo heteronormativo de viés social e civilizacional possibilita a aceitação de certas identificações sexuadas e a negação de outras.

O “sexo” é, pois, não simplesmente aquilo que alguém tem ou uma descrição estática daquilo que alguém é: ele é uma das normas pelas quais o “alguém” simplesmente se torna viável, é aquilo que qualifica um corpo para a vida no interior do domínio da inteligibilidade cultural. (BUTLER, 2000, p. 152).

Nessa linha, a proposta deste artigo é analisar a proteção dos direitos humanos das pessoas solicitantes de refúgio LGBTI no Brasil, perante os atuais obstáculos oriundos da crise de refugiados causada em diversos países, por meio dos mecanismos internos e internacionais que visam oferecer políticas públicas ao pleno desenvolvimento das suas potencialidades sexuais.

Conquanto o instituto do refúgio representar, tradicionalmente, uma proteção às vítimas de fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas, graves e generalizada violação dos Direitos Humanos, a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados prevê que os países também devem oferecer proteção aos estrangeiros que tenham deixado seu país por terem sofrido ou terem fundado temor de sofrerem perseguição por pertencerem a um grupo social específico.

Não há de forma expressa a menção ao fundado temor de perseguição pela orientação sexual ou identidade de gênero, sendo necessária sua inclusão pela via interpretativa. A inclusão se dá na maioria das vezes pela razão da vítima pertencer a um grupo social específico, sendo que importa para o presente estudo, o grupo LGBTI.

Existem três critérios para se definir um grupo social: (1) o que se baseia no grupo em si, e no fato de ele se identificar enquanto um grupo social – o critério da coesão do grupo; (2) o que funda seu método na sociedade e nomodo como esta percebe a existência de um grupo, se a sociedade se posiciona em face de um conjunto de indivíduos considerando-o um grupo ou não – o critério contextual; e (3) o mais adequado para o reconhecimento do status de refugiado – o critério do agente de perseguição –, a partir do qual deve analisar a postura do agente de perseguição em relação ao grupo, uma vez que, caso ele aja ao perseguir como se estivesse em face de um membro de um grupo de indivíduos, há um grupo social. (JUBILUT, 2007, p.132).

Com intuito de delinear uma visão abrangente do tema, o relatório *State Sponsored Homophobia* de 2017 realizado pela Organização Internacional *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association* – ILGA⁴ – que reúne dados e legislações referentes à discriminação e criminalização das pessoas LGBTI no mundo, demonstra que dos atuais 193 Estados Membros da Organização das Nações Unidas, 72 são hostis aos indivíduos pertencentes ao grupo específico LGBTI, e ainda criminalizam as relações sexuais consensuais entre pessoas adultas do mesmo sexo. Inclui-se, dentre eles, o Egito onde esses tipos de relações sexuais são severamente criminalizadas.

O Estado Brasileiro tem-se feito notório na proteção de refugiados, mormente com a edição da Lei nº 9.474/97 que define mecanismos para a implementação da Convenção dos Refugiados de 1951 e instituiu o Conselho

⁴ Organização Internacional “ILGA” se define como uma Federação Internacional de organizações, compreendendo, em de 125 países, 1200 organizações a favor dos direitos das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexos desde 1978. Tem assento consultivo no ECOSOC como organização não governamental. Disponível em: <http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_Homofobia_de_Estado_2017_WEB.pdf>. Acesso em 28 de jan.2018.

Nacional de Refugiados (CONARE)⁵. Somado a isso, os refugiados contam com a proteção do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), inúmeras ONGS, e no caso dos refugiados LGBTI, os mesmos também tem o amparo da Campanha da ONU “Nascemos Livres & Iguais”.

O número de refugiados vem crescendo no Brasil, segundo relatório do CONARE existem cerca de 10.145 refugiados reconhecidos (ACNUR, 2017), sendo a maior parte oriundo da Venezuela. Em 2015, existiam 12.668 solicitações de refúgio para julgamento, das quais 0,85% apresentaram fundamentação na perseguição por pertencimento a um grupo social (ANDRADE, 2016). No Brasil, consoante dados de matéria divulgada pelo ACNUR (ACNUR; LEITE, 2015), o país possuía 18 solicitações em relação à orientação sexual e identidade de gênero reconhecidas e 23 pendentes de análise.

Diante desse cenário, em comparação aos demais motivos de refúgio, as solicitações com base em orientação sexual e identidade de gênero são diminutas, todavia, não menos importantes do que às outras, ainda mais porque tais indivíduos são duplamente invisibilizados, seja pela condição de refugiados, como também por comporem um grupo social específico marcado pela vulnerabilidade. Além do mais, ANDRADE (2016) demonstra que nem todas as pessoas não heterossexuais requerem refúgio por conta da orientação sexual e ou identidade de gênero. Políticas como processo de facilitação de visto e de refúgios em virtude da condição de generalizada violação de direitos humanos, também serve para elucidar que o número de refugiados LGBTI no Brasil pode ser maior do que aqueles contidos nos dados de registros oficiais.

Também, ainda há inúmeras dificuldades enfrentadas pelos refugiados na formalização de processo de refúgios de pessoas LGBTI, pode haver o obstáculo do duplice preconceito, seja pela xenofobia aliada à trans/homofobia. Ademais, a burocratização e a falta de profissionais

⁵ A lei brasileira de refúgio criou o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), um órgão interministerial presidido pelo Ministério da Justiça e que lida principalmente com a formulação de políticas para refugiados no país. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/153-refugiados-e-o-conare>>. Acesso em 29 de jan. 2018.

preparados para lidarem com a questão de refúgio LGBTI, faz com que haja a necessidade de adoção de políticas públicas e oferecimento de treinamento técnico às autoridades envolvidas no processo de refúgiopara garantir o mínimo de vida digna a esses indivíduos.

Trata-se de estudo de relevância acadêmica e social, em razão da crise de refugiados proporcionada pelo massivo deslocamento de pessoas pelo mundo, adicionado aos desafios atuais enfrentados tanto no âmbito internacional como na ordem interna quanto à constituição de uma sociedade democrática, representativa e inclusiva, com pluralidades de signos, vivências, linguagens e de subjetividades.

Em se tratando dos refugiados LGBTI no Brasil, haveria espaço para que os mesmos consigam o reconhecimento da diversidade de vivência e expressão da dignidade sexual para além do binarismo hetero-estruturante? Estaria o Brasil preparado para receber os refugiados LGBTI, vez que possui um ordenamento jurídico fundado na dignidade humana, e, contraditoriamente, os relatórios de Direitos Humanos assinalam a persistência da discriminação e violência física e simbólica contra essas pessoas em diversos domínios da sociedade brasileira?

A metodologia de pesquisa para a realização desse estudo utilizará o procedimento bibliográfico e documental. Empregar-se-á o método dedutivo, partindo de uma concepção macro analítica para uma concepção micro analítica. Igualmente, será feita análise transdisciplinar do problema científico, vez que a situação dos refugiados LGBTI no Brasil será tratada por intermédio do diálogo entre a Filosofia, a História, a Sociologia e o Direito. Estruturalmente o trabalho se divide, para além da introdução e conclusão, em três seções temáticas, intituladas de *A Invisibilidade do Sexo; O Papel Informativo do ACNUR na Proteção das Pessoas Refugiadas e Solicitantes de Refúgio LGBTI*, e, por fim, *Nascemos Livres e Iguais*.

Assim, a problemática estabelecida na pesquisa visa enriquecer a reflexão dos desafios enfrentados pelos solicitantes de refúgio LGBTI. A desconstrução de uma visão precária do sistema de garantias e direitos fundamentais é um caminho para a vigência social dos direitos sexuais

desses indivíduos pertencentes historicamente a um grupo social vulnerável e, por vezes, assombrados pelas situações de invisibilidades.

2. A invisibilidade do sexo

No estudo levantado por Michael Foucault *1926-1984*, em sua obra *História da Sexualidade I* (1976), desenvolveu significativo trabalho sobre a instituição social da regulamentação do “verdadeiro sexo”, ao narrar a trágica história de um hermafrodita (intersexo) do século XIX, Hercule Barbin.

[...] Criada como uma moça pobre e digna de mérito num meio quase que exclusivamente feminino e profundamente religioso, Hercule Barbin, cognominada Alexina pelos os que eram próximos, foi finalmente reconhecida como sendo um “verdadeiro” rapaz; obrigado a trocar legalmente de sexo após um processo judiciário e uma modificação de seu estado civil, foi incapaz de adaptar-se a uma nova identidade e terminou por se suicidar. Sou inclinado a dizer que a história seria banal, se não fossem duas ou três coisas que lhe dão particular intensidade. (FOUCAULT, 1982, p.5).

A sociedade sustentada por uma ciência objetiva que tentava explicar a sexualidade humana por critérios especialmente biologizantes. Médicos, advogados, cientistas do século XIX preocupavam-se em classificar, categorizar e fixar diferentes características e tipos sexuais. “[...] Devido ao fato de que Alexina tinha certas evidências de um corpo masculino, isto é, um pequeno pênis, “ela” tinha que se tornar “ele” [...]” (WEEKS, 2000, p. 38).

Incutiu-se nos discursos médicos e jurídicos a indagação do que é considerado “normal” ou “anormal” no contexto da sexualidade humana. A normalidade passou a ser vista como a plena harmonização da correspondência entre o corpo do indivíduo e a identidade de gênero socialmente aceitável. “[...] Este processo é o resultado de uma nova configuração de poder que exige classificar uma pessoa pela definição de sua verdadeira identidade, uma identidade que expressa plenamente a real verdade do corpo.” (WEEKS, 200, p.38).

A partir do século XIX, a sexualidade passou a ser instrumento de controle político. No curso da modernização do ocidente, aqui englobando a sociedade brasileira (tardia, no século XX), o controle dos processos biológicos inaugura a funcionalização dos corpos com a justificação das relações de dominação social baseadas no sexo, ou como bem referendapela concepçãofocaultiana de “biopoder”, em que se utiliza de caracteres biológicos para regulamentar a posição social do indivíduo, conforme pertencente ao sexo feminino ou masculino.

[...] O conceito foucaultiano de “biopoder”, ou seja, o poder de controlar as populações, de controlar o “corpo-espécie” também parece ser útil para que se pense no conjunto de disposições e práticas que foram, historicamente, criadas e acionadas para controlar homens e mulheres. Nelas é possível identificar estratégias e determinações que, de modo muito direto, instruíram lugares socialmente diferentes para os gêneros, ao tratarem, por exemplo, de “medidas de incentivo ao casamento e procriação”. Aqui também se trata de um poder que é exercido sobre os corpos dos sujeitos, ainda que agora esses sejam observados de um modo mais coletivo- trata-se do “corpo molar da população”. As relações entre os gêneros continuam, sem dúvida, objeto de atenção, uma vez que distintas estratégias procuram intervir nos agrupamentos humanos, buscando regular e controlar taxas de nascimento e mortalidade, condições de saúde, expectativas de vida, deslocamentos geográficos, etc. (LOURO, 2004, p.41).

Pela visão focaultiana, na sociedade moderna o poder não é visto como algo negativo que atua a base de proibições, mas como uma força positiva preocupada com o controle e administração da vida dos indivíduos, o papel normativo do “sexo” está intimamente ligado com a concepção de “sociedade disciplinar”. Assim, FOUCAULT (1982) aponta quatro unidades estratégicas que formam mecanismos específicos de conhecimento e poder centrados no sexo: sexualidade das mulheres, a sexualidade das crianças, controle do comportamento procriativo e a demarcação de perversões sexuais como problemas de patologia individual. Tais estratégias permitiram ao longo do século XIX, quatro figuras submetidas ao controle social, arquetetadas em discursos disciplinadores:

a mulher histérica, a criança masturbadora, o casal que utiliza de formas artificiais de controle de natalidade e o “pervertido”, especialmente o homossexual. “[...] O gênero não é uma simples categoria analítica; ele é como as intelectuais feministas tem crescentemente argumentado, uma relação de poder [...]” (WEEKS, 2000, p. 43).

Com a institucionalização da heterossexualidade nos séculos XIX e XX, esta se tornou parâmetro socialmente e cientificamente difundido, enquanto a homossexualidade ganhou repercussão médico-moral de “anormalidade” de sexualidade e de perversão.

[...] Dito de um modo simples: embora a homossexualidade tenha existido em todos os tipos de sociedade, em todos os tempos, e tenha sido, sob diversas formas, aceita ou rejeitada, como parte dos costumes e dos hábitos sociais dessas sociedades, somente a partir do século XIX e nas sociedades industrializadas ocidentais, é que se desenvolveu uma categoria homossexual distintiva e uma identidade a ela associada. (WEEKS, 2000, p. 50).

A heteronormatividade foi vista pelos cientistas sexuais como paradigma para a caracterização de indivíduos sexualmente sãos, enquanto a categoria sexológica e psicológica do ser “homossexual” era tentada ser explicada pelas leis naturais como uma patologia. Tal concepção influenciou na alteração e imposição de normativas jurídicas em países, para punir, repudiar, criminalizar a homossexualidade, vez que esta deveria ser controlada, pois se tratava de um tipo de perversidade sexual.

[...] De modo mais amplo, as sociedades realizam esses processos, e, então, construímos contornos demarcadores das fronteiras entre aqueles que representam a norma (que estão em consonância com os seus padrões culturais e aqueles que ficam fora dela, às suas margens. Em nossa sociedade, a norma que se estabelece, historicamente, remete ao homem branco, heterossexual, de classe média urbana e cristão e essa passa a ser a referência que não precisamos mais ser nomeada. Serão os “outros” sujeitos sociais que se tornarão “marcados”, que se definirão e serão denominados a partir dessa referência. Desta forma, a mulher é representada como “segundo sexo” e gays e lésbicas são descritos como desviantes da norma heterossexual. Ao classificar os sujeitos, toda a sociedade estabelece divisões e atribui rótulos que preten-

dem fixar as identidades. Ela define, separa e, de formas sutis ou violentas, também distingue e discrimina. (LOURO, 2000, p.12).

Situação semelhante ocorreu no Brasil ao longo do século XX, a esfera pública na sociedade industrial foi marcada por uma inviabilização de indivíduos, com precarização da proteção de direitos fundamentais de pessoas vistas como não cívicas, e nessa porção situavam-se também todos aqueles que não se encaixasse no “[...] ideal de homem europeizado, moralmente elevado e biologicamente sã, ou seja, aquele que mais se aproxima do arquétipo macho, de gênero compulsoriamente masculino, branco, empreendedor, de caris aristocrático e virtudes cristãs” (BAHIA; MORAES, 2015, p. 149).

Nesse constante conflito por luta de reconhecimento dos que estão à margem do “padrão”, surgem movimentos de resistências, nas décadas de 60 e 70, com as primeiras manifestações de uma política de reconhecimento do grupo LGBT. Isso representava uma transformação crítica que significa ser não heterossexual. Eles marcam rupturas cruciais nos significados incorporados à diferença sexual.

Tal problemática, no Brasil, começa a adquirir contornos mais definidos a partir dos anos 1960, quando surgem as primeiras demandas por reconhecimento desse grupo, que, de mesmo modo, passa aos poucos a formar uma identidade coletiva. A emergência dos homossexuais, que com suas idiosincrasias vão fortemente de encontro aos valores e papéis tradicionais daquilo que a matriz europeia nomeia como homem, mulher, e, principalmente, família, os desloca para o não lugar político de cidadãos demandantes. No entanto, mais gravemente que nos Estados do norte, de matriz europeia onde, como vimos, existe também a marginalização dessa gente - o Brasil parece ter deslocado os sujeitos nomeados como homossexuais para a massa da não gente, uma vez como transviados, não adaptados aos valores morais e psicológicos do *status quo* arquétipo, não exercem os requeridos papéis produtores de cidadania dentro da estrutura de poder material e simbólico subjacentes ao projeto de Estado Nacional. (BAHIA; MORAES, 2015, p.152-153).

Apesar da busca pelo reconhecimento das pessoas LGBTI, o estereótipo da trans/homossexualidade se firmou com ênfase a partir dos anos

80, robustecido pela crise de saúde pública ocasionada pelo vírus do HIV e pela AIDS, em que foi amplamente difundido que os pertencentes a esse grupo eram os catalogados nos grupos de fatores de risco.

O fato de que as primeiras pessoas do mundo ocidental identificadas como portadoras de AIDS fossem homens gays marcou profundamente as respostas à crise da saúde, levando a uma estigmatização geral das pessoas com a síndrome. A AIDS serviu para cristalizar um conjunto de ansiedades sobre mudanças no comportamento sexual, as quais, desde 1960, se focalizavam no crescimento de uma consciência gay auto-afirmativa. Essas ansiedades pareciam por sua vez, ter sido parte da ansiedade geral gerada por modificações mais amplas na cultura das sociedades ocidentais, causadas por uma crescente diversidade social. Da mesma forma que os homens gays, especialmente nos Estados Unidos, as pessoas negras eram vistas como uma fonte potencial de “poluição” – elas também estavam fortemente ligadas ao novo vírus. Tanto a diversidade sexual quanto a racial eram vistas como uma ameaça aos valores hegemônicos das sociedades modernas. (WEEKS, 2000, p. 61).

Já o século XXI surge como uma proposta a desconstrução de valores padronizados, em que a sociedade se reconhece cada vez mais plural e multicultural. Isso repercute na organização social da sexualidade que se manifesta cada vez mais diversificada, em que os desafios para compreensão, promoção e tutela da diversidade sexual, ao invés de diminuir, tenderão a crescer.

3. O papel informativo do ACNUR na proteção das pessoas refugiadas e solicitantes de refúgio LGBTI

A Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951⁶ tem como escopo a proteção da dignidade da vida humana para toda e qualquer pessoa, independentemente de sua raça, religião, nacionalidade, etnia, idade, orientação sexual e ou identidade de gênero. A referida Convenção juntamente com o seu Protocolo de 1967⁷ são os dois instrumentos de

⁶Promulgada no Brasil pelo Decreto n° 50.2015, de 28.01.1961.

⁷Promulgada no Brasil pelo Decreto n° 70.946, de 07.08. 1972.

maior destaque no plano de proteção global dos direitos humanos dos refugiados. Dentre as normas imperantes pode-se destacar o princípio de *non-refoulement*, que significa “não devolução”, dessa forma os refugiados não podem ser expulsos ou devolvidos as situações onde suas vidas e liberdades possam estar sob fundadas ameaças, devendo o Estado receptor ser o primeiro responsável a evitar que o refugiado possa retornar à sua antiga condição de perseguição.

Para além dos variados normativos internacionais elaborados com a finalidade de proteção dos direitos humanos dos refugiados, tem-se o notório papel da Organização das Nações Unidas. No que tange aos refugiados LGBTI, a ONU desenvolve e implementou a campanha mundial “Nascemos Livres & Iguais”. Esta liderada pelo Escritório do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos, com o intuito de promoção da igualdade de direitos para os membros da comunidade LGBTI. No Brasil a campanha “Nascemos Livres & Iguais” iniciou-se em 2014, por meio de uma parceria com o UNAIDS e atua em várias frentes combatendo a discriminação e a violência com base em orientação sexual e ou identidade de gênero.

O tema dos refugiados tem ganhado a atenção especial do direito internacional a partir da década de 1920, em decorrência dos acontecimentos do pós-Primeira Guerra, intensificando a partir da segunda Guerra Mundial. De fato, o deslocamento de milhares de pessoas na Europa, especialmente durante o segundo período, tanto para fugir do regime nazista quanto para servir de mão de obra escrava para as potências em guerra, culminou-se na preocupação da sociedade internacional em estabelecer um sistema de proteção para os deslocados, inspirando-se toda uma normatização protetiva a partir de então. (MAZZUOLI, 2016, p.348).

O Brasil, além de ter como fundamento a dignidade da pessoa humana, também está presente em sua Constituição, os direitos e garantias fundamentais protetores e promotores da igualdade. Sendo que as responsabilidades do Brasil como Estado Signatário de Tratados e Convenções de Direitos Humanos são robustecidas, mormente em seu §

2º do artigo 5º, e, com o princípio da prevalência dos direitos humanos que o rege no plano das suas relações internacionais (art. 4º, inc. II, CF/88).

Em consonância à proteção constitucional, o país possui uma legislação específica de proteção aos refugiados, a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, “Lei do Refúgio”, que estabelece os mecanismos para implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, definindo critérios para a concessão de refúgio no Brasil, além de criar o Conselho Nacional dos Refugiados (CONARE). Interessa ao presente estudo, que a lei brasileira reconhece como refugiado todo indivíduo que devido aos fundados temores de perseguição por motivo de pertencimento a determinado grupo social encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país (artigo 1º, inciso I da Lei nº 9.474/97).⁸ Como também, a razão do refúgio não se limita a perseguição por parte do Estado, como também à perseguição realizada por atores não estatais – membros da família, vizinhança, grupos armados, justiceiros, gangues criminosas – quando o Estado não é capaz ou é omissivo no fornecimento de proteção contra tais perseguições.

Numa concepção extensiva de grupo social, em total harmonia ao princípio da prevalência dos direitos humanos e da interpretação da norma mais favorável às vítimas de violações de direitos humanos (princípio *pro homine*), o ACNUR, bem como alguns países de refúgio, reconhece os LGBTI como pertencentes a um grupo social específico. Logo, o fundado temor de perseguição com base na percepção social da orientação sexual ou de identidade de gênero pode qualificar um indivíduo como refugiado.

Para aclarar a questão que caracteriza a perseguição estatal e por agentes não estatais aos refugiados LGBTI, importante para fins didáticos distinguir orientação sexual de identidade de gênero. A Cartilha Informa-

⁸Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país. (BRASIL, 1997).

tiva Sobre a Proteção de Pessoas Refugiadas e Solicitantes de Refúgio LGBTI (ACNUR, 2017) aduz que orientação sexual é “a capacidade de cada pessoa de ter duradouros e profundos sentimentos românticos, emocionais e / ou físicos, ou atração por pessoa (s) de um sexo ou gênero em particular”. Já identidade de gênero é “a experiência interna e individual de gênero de cada pessoa, sentida profundamente, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento. Isto inclui a percepção pessoal de seu corpo e vários meios de expressão de gênero”.

Segundo o ACNUR (2017, p.6) existem 73 Estados Nação onde as relações homossexuais consensuais entre adultos ainda são criminalizadas. Bem como em alguns países, pessoas trans enfrentam sanções penais em razão de sua identidade de gênero, e, em outros, crianças intersexo são submetidas a cirurgias e esterilização sem o seu consentimento.

Há países que tratam os indivíduos que não encaixam na “heteronormatividade”, como sendo desviantes, e a esses somente cabe à segregação, seja pela patologização sexual ou por os considerarem criminosos deturpadores da ordem social. Por essa razão, as pessoas LGBTI enfrentam assédio ativo, discriminações, atentados, prisões, e detenções arbitrárias por parte de autoridades estatais e agentes não estatais que os fazem requererem refúgio em outro país, no intuito de terem resgatado o sentido de vida digna.

Fato é que a legislação brasileira acolhe refugiados LGBTI, conforme o ACNUR (2017), o Brasil já processou mais de 250 solicitações de pedido de refúgio em razão da condição LGBTI, todavia, nem sempre as garantias constitucionais de igualdade e a Lei do Refúgio são bem aplicadas ou compreendidas na realidade fática, até mesmo pelos próprios operadores do direito. A uma porque nem todas as pessoas que enfrentam a perseguição por orientação sexual e ou identidade de gênero se reconhecem como membros da comunidade LGBTI. A dois, muitos que são LGBTI ou que possuem orientação sexual ou identidade de gênero destoante da heteronormatividade, por medo de sofrerem violência e descriminalização sistemática, também optam por não revelar sua orientação sexual

e identidade de gênero às autoridades no processo de refúgio. Preferem utilizar de outras hipóteses autorizativas do refúgio para conseguirem refúgio no Brasil. É por isso que o número de refugiados LGBTI em razão de fundado temor de perseguição por razão de sua orientação sexual e ou identidade de gênero é diminuto quanto às demais hipóteses, no Brasil representam 0,85% dos refugiados (ANDRADE, 2016), não pelo fato da perseguição ser mínima, mas pela razão que muitas das violações ficam incutidas nas chamadas *Cifras Negras*. Por exemplo, caso um Sírio LGBTI, peça refúgio no Brasil, poderá optar por fundamentá-lo nas violações generalizadas dos direitos humanos advindos dos conflitos armados de seu país, do que ser motivo de novas violências, ainda que simbólicas, no país que o acolhe, por pertencer ao grupo LGBTI. Trata-se da vitimização secundária e terciária

A três, não menos preocupante, muitas pessoas vítimas de perseguição em razão de sua identidade de gênero ou orientação sexual, desconhecem que essa perseguição constitui motivo para requerer refúgio, daí a importância da edição de Cartilhas informativas como a da Campanha da ONU “*Nascemos Livres & Iguais*”.

Ademais, muitos países, incluindo o Brasil, tornam o processo de refúgio de pessoas LGBTI mais tortuosamente burocrático, a proteção à perseguição relacionada à orientação sexual, identidade de gênero muitas das vezes está desintegrada da política e das orientações relacionadas aos trâmites de concessão de refúgio. Acresça a isso, o fato de que muitas autoridades e profissionais que são responsáveis pelo procedimento, não possuem formação técnica sobre como lidar com pessoas refugiadas LGBTI. O que pode submetê-los ao cumprimento de condições arbitrárias e vexatórias. Há profissionais que inclusive, por questão de preconceito, se negam a tratar o fundado temor de perseguição devido à condição de LGBTI como razão autorizativa de refúgio.

[...] Os funcionários públicos podem ter pouco conhecimento ou sensibilidade em relação às condições enfrentadas pelas pessoas LGBT. Os refugiados são, por vezes, vítimas de violência e discriminação quando estão nos centros de

detenção e, quando reassentados, podem ser alojados dentro de comunidades onde experimentam riscos relacionados ao gênero e à sexualidade. A repulsão dos requerentes de asilo que fogem de perseguição coloca-os em risco de violência, descriminalização e criminalização. (ACNUR, 2017, p.7).

Não raro, a veracidade dos depoimentos dos solicitantes LGBTI é avaliada com base em critérios estereotipados, sendo às vezes obrigados a provarem sua orientação sexual ou identidade de gênero por meios impróprios (submissão aos testes clínicos psicológicos, apresentação de documentos comprobatórios de atos íntimos), que podem de *per si*, constituir em uma nova violação aos direitos humanos. Segundo notícia divulgada no site institucional ILGA Portugal (2018), o Tribunal Europeu declarou que testes de orientação sexual aos refugiados violam direitos:

As autoridades não devem submeter os requerentes de asilo a testes psicológicos para determinar a sua orientação sexual porque isso constitui ingerência desproporcionada na vida privada, estabeleceu hoje o Tribunal de Justiça da União Europeia. O Tribunal pronunciou-se na sequência do caso de um cidadão da Nigéria, requerente de asilo na Hungria, que alegou ser perseguido no seu país por ser homossexual. A Hungria rejeitou o pedido de asilo com base num relatório psicológico que não confirmou a homossexualidade. O nigeriano recorreu à Justiça húngara e esta pediu um parecer ao Tribunal Europeu. Na sentença, o Tribunal Europeu afirma que as autoridades nacionais podem pedir exames periciais para avaliar a necessidade real de proteção internacional do requerente de asilo, mas essas perícias devem respeitar os direitos definidos na Carta dos Direitos Fundamentais da UE. Entre esses direitos, acrescenta, figuram o direito à dignidade e o direito à vida privada e familiar. Mesmo que o requerente tenha autorizado o exame, prossegue o Tribunal, "tal consentimento não é dado necessariamente com total liberdade, mas imposto pela pressão das circunstâncias" em que a pessoa se encontra. (ILGA, 2018).

Assim, as pessoas refugiadas LGBTI podem ser duplamente invisibilizadas, seja pela condição de estrangeiro refugiado e pela razão de sua orientação sexual, identidade de gênero, ou condição de intersexo. Na maioria das vezes, não conseguem moradia segura, possuem acessos precários à saúde e emprego, são expulsas pela comunidade quando a

identidade sexual é descoberta, ou são sutilmente convidados a voltarem para o seu país de origem pelas autoridades responsáveis pelo procedimento de refúgio sob a recomendação de “irem para casa e serem discretos” (ACNUR, 2017, p. 2017). Dessa forma, as políticas públicas do país receptor devem ser criadas levando em conta as especificidades da condição de refugiado LGBTI, o que garante uma proteção mais eficaz e redução da condição de vulnerabilidade. “Pessoas refugiadas LGBTI também podem enfrentar discriminação ou violência por parte de outras pessoas refugiadas em centros de pessoas refugiadas. O isolamento extremo e a marginalização generalizada agravam sua vulnerabilidade”. (ACNUR, 2017, p.8).

Embora os esforços empreendidos pelo governo executivo (programas sociais) e pelo próprio judiciário no reconhecimento e promoção dos direitos sexuais dos LGBTI (a exemplo: Resolução nº 175 que passou a autorizar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo), ainda há contínua resistência do Legislativo em tomar qualquer posição a respeito da efetiva proteção à condição e direitos dos LGBTI.

[...] Quando o Congresso se recusa a tomar posição, a discutir as demandas dos agentes *queer*, elas são assim lançadas no *limbo* das não demandadas, ou seja, são tratadas como indignas de sequer serem reconhecidas como legítimas reivindicações sociais, de modo que seus próprios autores têm negada sua condição de demandantes, de cidadãos, de membros da soberania, retroalimentando a tradição político-social-darwinista eurocêntrica da arena pública brasileira, que estruturalmente produz e inviabiliza uma massa de subcidadãos, e, se estes forem integrantes de algum grupo vulnerável (como é o caso dos LGBTI), fica-se aí impedida qualquer possibilidade de proteção de seus direitos humanos e fundamentais, nem mesmo pela “concessão” do *status quo* [...] (BAHIA; MORAES, 2015, p. 157).

Ainda, a realidade brasileira é marcada pela trans/homofobia, consoante relatório realizado pelo ILGA (2017) o Brasil liderou o número de assassinatos de LGBTIs nas Américas, com 340 mortes por motivação homofóbica em 2016. Sendo vítimas de “assassina-

tos de honra”, espancamentos, sequestros, agressões sexuais e “estupros corretivos e coletivos”.

O Brasil é um dos países que reconhece no plano internacional, os direitos humanos dos refugiados LGBTI, porém, no plano interno a política de proteção a esses indivíduos é bastante precária, o que autoriza a reflexão acerca do “constitucionalismo simbólico” e de “cidadãos subintegrados”, conceitos estes desenvolvidos por Marcelo Neves em sua obra *Constituição Simbólica* (2011).

A constitucionalização simbólica importa que os princípios de inclusão do Estado de bem estar, previstos abstratamente no texto constitucional não se concretizem de forma suficientemente relevante para massa dos subintegrados. Nesse caso, o aspecto simbólico não está associado a um desempenho eficiente e generalizado do Estado diante das carências da população. A lealdade política desenvolve-se principalmente por meio de mecanismos difusos e particularista não compatíveis com a Constituição. Mas não se trata de instituições que possibilitam de maneira generalizada a lealdade de massas, mas sim de formas de prestação compensatória que ensejam gratidão individual de grupos isolados. Portanto, a respeito não cabe falar rigorosamente de legitimação geral, mas de apoio particularista. (NEVES, 2011, p.123).

Verifica-se o relevante papel do ACNUR na promoção e proteção dos direitos humanos dos refugiados dos LGBTI, no entanto, a efetivação desses direitos depende primordialmente da ação dos Estados Nacionais. A atuação conjunta da tutela desses direitos no âmbito interno e externo é a chave para a desconstrução da epistemologia binarista, sexista, biologizante e simbolicamente violenta.

4. Nascemos livres e iguais

O Direito Internacional dos Direitos Humanos tem como marco na proteção dos direitos das pessoas humanas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) que manifesta em suas considerações que o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo se pauta no reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família

humana e de seus direitos iguais e inalienáveis. Para PIOVESAN, trata-se da busca em salvaguardar parâmetros protetivos mínimos – do “mínimo ético irredutível”.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Tal sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do “mínimo ético irredutível.” (PIOVESAN, 2015, p.49).

O artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos deixa expresso que “todos tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”, como também, em seu artigo 14.1 estabelece que “todo ser humano, vítima de perseguição, tem direito de procurar e de gozar asilo em outros países”. Nessa linha complementa a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, em seu artigo 33, que dispõe sobre o princípio do *non refoulement*.

Nenhum dos Estados contratantes expulsará ou repelirá (*refouler*) um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou sua liberdade sejam ameaçadas em virtude de sua raça, religião, nacionalidade, filiação a um certo grupo social ou opiniões políticas. (ACNUR, 1951).

Em atenção aos referidos normativos a cartilha criada pelo ACNUR “*Nascemos Livres & Iguais*” auxilia os Estados a compreenderem melhor suas obrigações como promovedores e garantidores dos direitos humanos dos membros das comunidades LGBTI, bem como foi direcionada aos ativistas da sociedade civil, como as ONGS, que querem que seus governos sejam responsabilizados no âmbito internacional por violação de direitos humanos, ou por conduta omissiva/missiva de tais violações praticadas por atores não estatais.

De fato, por vezes, estruturas nacionais não permitem que certos temas cheguem à esfera pública, ou, quando chegam, que sejam convertidos em políticas públicas oficiais, porque atendem a grupos sociais invisibilizados, porque desafiam grandes interesses econômicos ou por qualquer outro motivo. Nesses momentos, esferas públicas transnacionais podem ser determinantes. Assuntos que não encontram espaço na agenda política nacional podem ser tematizados nesses espaços transnacionais e, depois, serem incluídos de volta na pauta política doméstica em nova configuração de poder. (BERNADES, 2016, p. 126).

A Campanha “Nascemos Livres & Iguais” estabelece cinco obrigações legais dos Estados em relação à proteção dos direitos humanos das pessoas LGBTI, quais sejam: proteger as pessoas da violência homofóbica e transfóbica; prevenir a tortura e o tratamento cruel, desumano e degradante às pessoas LGBTI; revogar leis que criminalizam a homossexualidade, incluindo todas as leis que proíbem a conduta sexual privada entre adultos do mesmo sexo; proibir a discriminação com base na orientação sexual e identidade gênero e proteger as liberdades de expressão, de associação e de reunião pacífica para as pessoas intersexo e LGBT. A presente pesquisa se aterá a primeira obrigação destinada ao Estado, qual seja: a proteção dos direitos humanos das pessoas LGBTI por meio da instituição de leis e políticas de modo que reconheçam que a perseguição de alguém com base em sua orientação sexual ou identidade de gênero pode ser motivo válido para um pedido de refúgio.

É sabido que as violências homofóbicas e transfóbicas ocorrem em nível mundial. Muitos refugiados saem de países, principalmente, africanos, asiáticos e do oriente médio, e vão à busca de refúgio em países, como Brasil. Vítimas de violência física (“assassinatos de honra”, espancamentos, sequestros, agressões sexuais e “estupros corretivos”), como também violência psicológica (ameaças, coerção, detenção e privação de liberdade arbitrária), somada a violência simbólica (invisibilidade social, saúde e moradia precária). Segundo ACNUDH (2012) reportando relatórios especiais sobre violência contra as mulheres, em El Salvador, no

Quirguistão e na África do Sul, “[...] por exemplo, que as lésbicas mudariam sua orientação sexual se estupradas por um homem”.

Diante de tal realidade, a cartilha “Nascemos Livres & Iguais” estipula o dever dos Estados concederem refúgio seguro a indivíduos fugindo de perseguição decorrente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Estima-se que pelo menos 42 Estados já tenham concedido asilo a indivíduos com fundado temor de perseguição em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Consoante o ACNUDH (2012), alguns Estados já concederam refúgio mesmo sem terem uma política consolidada sobre o assunto. Todavia, dos países que reconhecem o refúgio, a maioria não atende os padrões mínimos internacionais, assumindo procedimentos inconsistentes, promulgando e reiterando de discriminação e criminalização.

O Brasil é um dos países receptores de refugiados LGBTI, isso porque nas suas relações internacionais é regido pelos princípios da prevalência dos direitos humanos e pela concessão de asilo político, que adotando uma interpretação extensiva, permite uma abrangência do termo, podendo estendê-lo ao asilo por perseguição em virtude de orientação sexual e identidade de gênero, inclusive, pela conjugação ao teor do § 2º do artigo 5º da CF/88. Para ACNUDH (2012, p.22) “Leis de asilo e políticas devem reconhecer que a perseguição por conta da orientação sexual ou identidade de gênero pode ser uma condição válida para um pedido de asilo”.

Ocorre que na realidade fática brasileira, nem sempre os refugiados LGBTI encontram no país garantia de pleno desenvolvimento de sua personalidade, mormente no que tange à segurança pessoal em expressar socialmente seus direitos sexuais. O Estado carece de um sistema de justiça capaz de processar e punir de forma efetiva os criminosos motivados por transfobia e homofobia. Há um retardo na tramitação de projetos leis que implementem leis que contemplem reivindicações do movimento LGBTI. “[...] Os vários projetos de lei prevendo o reconhecimento de direitos homoafetivos, que normalmente são arquivados

sumariamente ou permanecem sem qualquer movimentação ou decisão [...]” (BAHIA; MORAES, 2015, p. 156).

5. Considerações finais

Inegável que a crise dos refugiados reverbera no ordenamento jurídico pátrio, sendo inclusive, o Estado brasileiro país receptor de refugiados LGBTI. O Brasil vem se destacando no que tange a temática, vez que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, estabelece sobre o tratamento igualitário entre brasileiros e estrangeiros residentes no país, assegurando-lhes a possibilidade de acesso às políticas públicas. Ademais, o artigo 4º, inciso II da CF/88 dispõe de forma explícita a adoção do princípio internacional “*Pro Homine*”, quando o Brasil adota o princípio da prevalência dos Direitos Humanos no âmbito de suas relações internacionais, bem como à concessão de asilo político, que utilizando o método da interpretação conforme a Constituição, permite uma abrangência do termo, para concessão de asilo por perseguição em virtude de orientação sexual e identidade de gênero. Em observância ao artigo 5º, § 2º do referido Diploma Legal, o Estado Brasileiro signatário da Convenção do Estatuto dos Refugiados de 1951, editou a Lei nº 9.474/97 que define os mecanismos de implementação da referida Convenção no direito brasileiro, como também instituiu o Conselho Nacional para Refugiados (CONARE).

Todavia, em que pese à postura do Brasil em ser favorável a receber refugiados LGBTI, o processo de concessão de asilo ainda é realizado de forma muito burocrática, algumas autoridades estatais envolvidas no procedimento, não possuem preparo técnico para lidar com a questão LGBTI, sendo até propulsoras de estigmas contra esses refugiados que acabam sofrendo vitimização secundária e terciária. A precariedade na efetivação da promoção e proteção dos direitos sexuais, contribui para que refugiados, ainda que LGBTI, tentem asilo por outras razões, ao invés de exporem seu fundado temor de perseguição em virtude de sua

orientação sexual e ou identidade de gênero. Tal situação obstaculiza até mesmo a colheita de dados estatísticos escorreitos acerca da atual situação dos refugiados LGBTI no país. Frisa-se que é preciso que haja mais políticas públicas e de incentivos governamentais, juntamente com parcerias com ONGS para que os refugiados LGBTI tenham garantia dos direitos mínimos existenciais.

Assim sendo, o presente estudo averigou que o Brasil ainda é um país marcado pela transfobia e homofobia, adotando políticas externas e internas tão dissonantes a respeito dos direitos dessa minoria. Ora, em que pese ter uma política externa favorável à recepção dos refugiados LGBTI, no âmbito doméstico, há dados estatísticos alarmantes sobre violências físicas, psicológicas, morais e simbólicas praticadas contra LGBTIs, somado a inércia do legislativo em aprovar projetos de lei que contemplem reivindicações da comunidade LGBTI, como também que estabeleçam punição mais severa aos indivíduos que pratiquem crimes perpetrados em razão da intolerância quanto à diversidade de orientação sexual e ou identidade de gênero. Nota-se que ainda no Brasil existe um considerado déficit democrático em função do paradigma do não reconhecimento.

Necessária uma nova epistemologia jurídica, desatada dos nós patriarcais do binarismo sexual. A construção coletiva dos espaços públicos perpassa pela valorização de um Estado de Direito Democrático Plural e Multicultural. A atual sociedade é marcada pelos novos modos de relacionamentos afetivos, de arranjos familiares, há constantes transformações e diversas formas do indivíduo se relacionar com seu corpo, com suas necessidades sexuais e de definição da sua identidade de gênero. “[...] uma questão final que poderíamos nos fazer é se estamos começando a ver o fim daquilo que Foucault chamou de “regime de sexualidade”. O trono do “rei do sexo” está começando a balançar? E isso está acontecendo, qual é o seu significado?” (WEEKS, 2000, p.61).

6. Referências

- ACNUR. **Cartilha Informativa Sobre A Proteção de Pessoas Refugiadas E Solicitantes de Refúgio LGBTI**. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/recursos/publicacoes/>>. Acesso em 20 de jan.2018.
- ACNUR. **Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convenca_o_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso: em 28 de jan. de 2018.
- ACNUR. **Dados Sobre o Refúgio no Brasil**. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil>. Acesso em 20 de abr. 2018.
- ACNUR. **Lei 9474/97 e Coletânea de Instrumentos de Proteção Internacional de Refugiados e Apátridas**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2015/Lei_9474-97_e_Coletanea_de_Instrumentos_de_Protecao_Internacional_dos_Refugiados2015.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2018.
- ACNUR; Leite, L. **Perseguidos por sua orientação sexual, refugiados LGBTI conseguem proteção no Brasil**. ACNUR, 2015. Disponível:< <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/perseguidos-por-sua-orientacao-sexual-refugiados-lgbti-conseguem-protecao-no-brasil,10-mar.2015>. > Acesso em 29 jan. 2018.
- ACNUR. **Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados**. Acesso em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967>. Disponível em: 28 jan. 2018.
- ANDRADE. V. L. Refugiados e refugiadas por Orientação Sexual no Brasil: Dimensões Jurídicas e Sociais. In: **Anais Seminário “Migrações Internacionais, Refúgios e Políticas”**. São Paulo, 12 de abril de 2016. ISBN: 978-85-88258-43-3. Disponível em: <http://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/anais/arquivos/22_VLA.pdf > Acesso em 29 jan.2018.
- BAHIA, Alexandre Melo Franco; MORAES, Daniel Melo Franco de. **Desqualificados Cívicos**: O não reconhecimento como entrave aos direitos fundamentais da Comunidade LGBTTT e a necessidade de superação do Estado Moderno. In: ALVES, Cândice Lisboa (org). **Vulnerabilidades e Invisibilidades: Desafios Contemporâneos dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p.145-166.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; SANTOS, Daniel Moraes dos. **O longo caminho contra a discriminação por orientação sexual no Brasil no constitucionalismo pós-88: igualdade e liberdade religiosa**. Mandrágora, vol.18, n.18, p.5-25,2012.

BERNADES, Marcia Nina. **Aspectos Transnacionais Da Luta Contra Violência Doméstica e Familiar No Brasil**. In. VOLPINI SILVA, C.R.; DIZ, J.B.M.; LIMA, R.M.de. (org). III Seminário Internacional “Estado, Constitucionalismo Social e Proteção dos Direitos Humanos”. Vol.1. Itáúna: Virtual Books. 2016. p.123-150.

BRASIL. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm>. Acesso em: 28 de jan. de 2017.

BUTLER, Judith. **Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do sexo**. In: LOURO, Guacira Lopes (org). O Corpo Educado: pedagogia da Sexualidade. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000, p151-165.

FOCAULT, Michael. **História da Sexualidade**. A vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 2005.

INTERNATIONAL LESBIAN, GAY, BISEXUAL, TRANS AND INTERSEX ASSOCIATION (ILGA).**State -Sponsored Homophobia:A world survey of sexual orientation laws: criminalization, protection and recognition**. 12 TH Edition May 2017. Aengus Caroland Lucas Ramón Mendos ilga.org.Disponível em: <http://ilga.org/un-brazilianresolution>. Acesso em 29 jan. 2018.

INTERNATIONAL LESBIAN, GAY, BISEXUAL, TRANS AND INTERSEX ASSOCIATION (ILGA).Portugal. **Tribunal europeu diz que testes de orientação sexual a refugiados violam direitos**. Disponível em: <<http://ilga-portugal.pt/ilga/index.php>>. Acesso em 30 jan.2018.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados: e sua aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. 240p.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista**. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

LOURO, Guacira Lopes. **Pedagogias da sexualidade**. In:LOURO, Guacira Lopes (org). O Corpo Educado: pedagogia da Sexualidade. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000, p. 7-28.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**.3. ed.rev.atual.eampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**.3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ONU. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **Born Free and Equal: Sexual Orientation and Gender Identify in International Human Righths Law**.2012.Disponível em:< [http:// www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf)>. Acesso em 28 jan. 2018.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em:< http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php Acesso em 02. fev. . 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 6.ed. rev.ampl.e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

WEEKS, Jeffrey. **O Corpo e a Sexualidade**. In: LOURO, Guacira Lopes (org). O Corpo Educado: pedagogia da Sexualidade. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000, p.35-64.

O direito comparado no modo de deliberação pela Corte Suprema na ADI 4277

*Flávio Marcos de Oliveira Vaz*¹

*Fabício Veiga Costa*²

1. Introdução

O presente artigo aborda uma análise crítica ao modo de deliberação, pela Suprema Corte, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que, por votação unânime julgou ambos os institutos constitucionais em conjunto com a ADI 4277, que ocorreu no ano de 2014. O Tribunal julgou procedente, por votação unânime, reconhecer as mesmas regras e consequências jurídicas das uniões heteroafetivas às uniões homoafetivas.

Inicia-se com a exposição das partes integrantes da presente ação, apresentando-se os fundamentos e motivos principais da propositura da ação, de forma a assegurar a garantia dos princípios constitucionais. Trata ainda de uma análise da interpretação constitucional dos institutos pelos ministros e a aplicabilidade do direito comparado ao caso concreto.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade Pitágoras Divinópolis – MG. Advogado atuante nas áreas de família e consumidor. Advogado do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Pitágoras. Especialista em Direito Administrativo. Especialista em Direito Civil. Professor Universitário. Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna.

² Pós-Doutor em Educação pela UFMG. Doutorado em Direito Processual pela PUCMINAS, Mestrado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialização em Direito Processual pela PUCMINAS, Direito de Família pela PUCMINAS e Direito Educacional pela PUCMINAS Professor permanente do programa de pós-graduação *stricto sensu* em proteção dos direitos fundamentais da Universidade de Itaúna.

Em razão do contexto social contemporâneo, ignorar as uniões homoafetivas seria um contrassenso ao que expõe a carta constitucional, ao garantir igualdade a todos os cidadãos. Além de assegurar igualdade, a carta ainda dispõe sobre garantias legais como a não discriminação, a liberdade, a segurança jurídica entre outros institutos. Verifica-se então a necessidade de interpretação da norma constitucional de forma a assegurar direitos e garantias de determinados grupos ou minorias. No presente caso, especificamente da minoria homoafetiva, em que foi necessária a distribuição de ação direta de inconstitucionalidade para assegurar o reconhecimento da união e, conseqüentemente, a segurança jurídica advinda de tal ato.

Indo além, observa-se um vício dentro da Suprema Corte, quando da deliberação da decisão, que é o debate promovido em razão dos argumentos apresentados pela parte autora. Uma vez que os ministros levam prontos seus votos, tal *modus operandi* acaba por prejudicar a análise de todos os argumentos iniciais e o debate promovido com base nas alegações autorais. Isto evidencia uma cultura de reprodução de votos e de decisões estrangeiras nos casos que chegam até o Superior Tribunal, sem qualquer verificação de aplicabilidade de tais institutos dentro do ordenamento jurídico pátrio. Os ministros meramente reproduzem jurisprudências ou doutrinas estrangeiras sem assegurar a sua efetividade dentro do caso concreto em conformidade com a legislação nacional.

Assim, tem-se a necessidade de se discutir a efetividade das decisões do Supremo Tribunal, tendo em vista os efeitos das decisões proferidas pelo aludido órgão e que geram impactos sociais de efeito benéfico ou não. Sem a análise aprofundada de tudo o que se discute na inicial, poderá o tribunal incorrer em erro e, em vez de solucionar demanda, trazer ainda mais prejuízo conforme situação *in concreto*.

2. Das partes integrantes do processo, da conclusão e dos pedidos

A ADI 4277 teve como objeto central o requerimento para reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, seguindo os mesmos requisitos previstos na Constituição para a família constituída entre um homem e uma mulher, no que inclui as consequências jurídicas. A ADI 4277 foi distribuída pela Procuradoria Geral da República, tendo diversas classes atuando como *amicus curiae*, além dos respectivos advogados, conforme relação a seguir exposta. Constituem as partes do processo:

REQUERENTES: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA.

INTDO. (A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA/ ADVOGADOS: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO.

INTDO. (A/S): CONGRESSO NACIONAL.

(...)

Atuando como *AMICUS CURIAES*:

a-) CONECTAS DIREITOS HUMANOS

b-) ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS – ABGLT / ADV.(A/S) MARCELA CRISTINA FOGAÇA VIEIRA (252930/SP)

c-) ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DE SÃO PAULO / ADV.(A/S) FERNANDO QUARESMA DE AZEVEDO (110503/SP)

d-) INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM/ ADV.(A/S) RODRIGO DA CUNHA PEREIRA (30143/DF, 0037728/MG, 37728/MG, 307490/SP)

e-) ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS / ADV.(A/S) REINALDO JOSÉ GALLO JÚNIOR (115910/RJ)

h-) CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL – CNBB / ADV.(A/S)JOÃO PAULO AMARAL RODRIGUES (24867/DF). (STF, 2018).

Tangendo a conclusão dos fatos, a procuradoria sintetizou diversos pontos importantes no que diz respeito a união homoafetiva e os princípios constitucionais. Destacam-se pontos relevantes para o debate proposto pelo presente artigo. Nota-se:

a) O não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar pela ordem infraconstitucional brasileira priva os parceiros destas entidades de uma série de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, e revela também a falta de reconhecimento estatal do igual valor e respeito devidos à identidade da pessoa homossexual.

b) este não-reconhecimento importa em lesão a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação odiosa (artigo 3º, inciso IV), e da igualdade (art. 5º, caput) da liberdade (artigo. 5, caput), e da proteção à segurança jurídica.

(...)

d) a redação do art. 226, § 3º, da Constituição, não é óbice intransponível para o reconhecimento destas entidades familiares, já que ela não contém qualquer vedação a isto;

e) a interpretação deste artigo deve ser realizada à luz dos princípios fundamentais da República, o que exclui qualquer exegese que aprofunde o preconceito e a exclusão social do homossexual; (STF, 2018).

Ao final, após a conclusão do objeto de discussão proposto na ação, além da medida liminar para reconhecer a união homoafetiva até o julgamento definitivo da ação, nos pedidos a Procuradoria requereu o seguinte:

A declaração de obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, bem como requerer a declaração que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. (STF, 2018).

O embasamento constitucional da presente ação direta de inconstitucionalidade gira em torno da interpretação do artigo 1.723 do Código Civil, em consonância com diversos dispositivos constitucionais, principalmente com o *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal. Debruça-se sobre princípios que asseguram a garantia dos princípios constitucionais, entre eles a dignidade da pessoa humana, liberdade de religião, laicidade, igualdade, vedação de discriminações odiosas e proteção à segurança

jurídica. Os ministros do Supremo, em votação unânime, julgaram procedente a ação, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, garantindo à união homoafetiva as mesmas regras da união heteroafetiva.

Face às configurações sociais da atualidade, não se pode defender um conceito petrificado de família, em que a mesma é composta somente por um homem e uma mulher com o intuito de procriação. Com a constante mudança social, o Direito não mais podia ignorar as novas famílias, devendo respaldar as novas relações originárias sem interpretar a norma constitucional de forma restritiva.

A Constituição Federal é, conforme já exposto no seu artigo 1º, um Estado Democrático de Direito, pautado pela soberania, cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (CF, 1988). Insta salientar ainda, que no artigo 226, a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (CF, 1988).

Tendo em vista o caráter democrático da Constituição, não se pode privilegiar somente um grupo alcunhado “heteronormativo”, uma vez que a Constituição assegura os direitos de todos os cidadãos. Salienta-se que é objetivo fundamental da República do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme preceituado no artigo 3º, e incisos da Carta Magna. (CF, 1988).

Apesar de constar na Constituição, § 3º, do artigo 226, que é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, não se pode excluir outros casais que não os formados por homem e a mulher do conceito de *entidade familiar*, uma vez que isto caracterizaria a não-observância dos princípios constitucionais. Souza Neto, apresentando a teoria proposta por Schmitt, do caráter democrático constitucional, expõe que:

O Conceito de Constituição de Carl Schmitt não se apoia em critérios de justiça ou racionalidade do conteúdo normativo adotado, como sustenta a teoria ideal. Para Schmitt, o poder constituinte pode estabelecer qualquer conteúdo

constitucional, inclusive um completamente divergente dos princípios do Estado Liberal. Nisso repousa o aspecto central da sua concepção “decisionista”, que considerava a Constituição não como a positivação de um sistema racional de princípios, mas como um ato de “vontade” do poder constituinte. Sob um prisma normativo, a decisão “nasce do nada”; é uma *creatio ex nihilo*. Para Schmitt, tal como, antes dele, sustentara Thomas Hobbes, *auctoritas non veritas facit legem*”. O Poder constituinte é poder político “existencial”, e soberano é quem, de fato, toma a decisão constituinte. A Constituição, nessa perspectiva, resulta de um ato de vontade, não sendo decorrência da razão nem de nenhuma fonte de legitimação acima da realidade da vida política. (SOUZA NETO, 2016, p. 189).

Verifica-se que, de acordo com os autores, com a tomada de decisão pelo Constituinte em razão do seu caráter soberano, este tem o poder de dar efetividade à norma constitucional, de modo a garantir uma interpretação extensiva de seus dispositivos como no presente caso, assegurando o reconhecimento da união, que não esteja diretamente prevista no texto constitucional.

Em razão da omissão legislativa quanto ao tema, coube ao Poder Judiciário tratar sobre a questão. Nota-se que não há meios de discutir a temática proposta pela ADI 4277 sem adentrar na discussão de direitos fundamentais, uma vez que o reconhecimento da união homoafetiva é, conforme ventilado na peça inicial, um direito social. Sarlet, quando dos direitos fundamentais e o seu reconhecimento, expõe o seguinte:

O Pluralismo da Constituição advém basicamente do seu caráter marcadamente compromissário, já que o Constituinte, na redação final dada ao texto, optou por acolher e conciliar posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, resultantes das fortes pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo Constituinte. Também a marca do pluralismo se aplica ao título dos direitos fundamentais, do que dá conta a reunião de dispositivos reconhecendo uma grande gama de direitos sociais, ao lado dos clássicos, e de diversos novos direitos de liberdade, direitos políticos, etc. Saliente-se, ainda no que diz com este aspecto, a circunstância de que o Constituinte – a exemplo do que ocorreu com a Constituição Portuguesa – não aderiu nem se restringiu a apenas uma teoria sobre os direitos funda-

mentais, o que teve profundos reflexos na formação do catálogo constitucional destes. (SARLET, 2011, p. 65).

A Constituição em vigência foi promulgada em 1988, sendo objeto de algumas emendas ao longo do tempo. Isto chancela que o Direito não pode ignorar as ocorrências que estão a surgir com o desenvolvimento social. Apesar da Carta Magna de 1988 não tratar especificamente da união entre pessoas do mesmo sexo, é inerente ao Judiciário interpretar as normas de forma a não excluir qualquer casal que se encontra na situação objeto da ADI 4277.

3. Da interpretação pela corte suprema e voto pronto para o debate

Não se pode olvidar que o papel da Corte Superior é interpretar as normas jurídicas de forma a assegurar sua efetividade e o cumprimento dos princípios constitucionais. Quando da tratativa de alguma temática que envolva questões sociais, como por exemplo, a união homoafetiva, a suprema corte deve promover o debate sobre a questão, não apenas reprodução de votos e dispositivos legais, como costumeiramente observado.

Compete ao Supremo interpretar as normas de forma a resguardar o direito de todo cidadão, sem qualquer forma de exclusão, mesmo que haja uma omissão legislativa. Não compete aos outros poderes a interpretação das normas jurídicas. Souza Neto é enfático ao indicar que “a literatura jurídica mais tradicional concebe interpretação constitucional como tarefa eminentemente judicial, com destaque para o papel das cortes constitucionais e das supremas cortes” (SOUZA NETO, 2016, p. 403).

A interpretação constitucional ocorre quando não há diretamente um dispositivo que verse sobre alguma temática. Exemplificando, a Constituição prevê a união entre homem e a mulher, mas não tratou da união entre pessoas do mesmo sexo, ou pelo menos não expôs essa questão de maneira clara. Lado outro, não expor especificamente que a união civil,

atendidos os requisitos legais como o intuito de constituição de família, pode ser considerada para o homem que queira se unir a outro homem ou mulher que deseja se unir a outra mulher, que tal união não será protegida pela norma constitucional.

Sobre o conflito de exposição de institutos dentro do dispositivo legal, Travessonni, citando Ferra, expõe que:

Como ensina Ferrara, há três formas de classificação da interpretação das normas jurídicas quanto ao resultado: extensiva, declarativa e restritiva (Ferrara, 2002, p. 40-44). A interpretação extensiva ocorre quando se chega à conclusão de que “a lei disse menos do que queria dizer”; a interpretação declarativa ocorre quando se chega à conclusão de que “a lei disse exatamente o que queria dizer”, e a interpretação restritiva ocorre quando se chega à conclusão de que “a lei mais do que queria dizer”. (TRAVESONNI, 2013, p. 215).

Nota-se que o dispositivo legal pode não expor de maneira simples a ideia do legislador quando da tratativa do tema objeto de discussão. Todavia, enseja-se a interpretação para se ter uma efetividade da norma, mesmo que isso implique em abranger aquilo que está codificado no artigo.

Não se pode negar o direito de um casal homoafetivo em ter sua união reconhecida legalmente, sob o argumento de que por não haver artigo que trate especificamente da matéria, o ordenamento jurídico proíbe tal união. Sobre o argumento de omissão legislativa como centro gravitador do debate, Travessonni pontua que:

O argumento de omissão legislativa não possui validade alguma isoladamente, mas ao lado de outros argumentos que justifiquem a existência de um direito subjetivo ao reconhecimento pode ter certo peso. (TRAVESONNI, 2013, p. 215).

Ligado diretamente à questão da interpretação constitucional, verifica-se um problema quando do julgamento da Corte Superior. Cada ministro deve interpretar a norma no proferimento de seu voto, de acor-

do com o caso em julgamento. Neste ponto, um vício que permeia o Supremo Tribunal Federal. Geralmente os demais votos da casa seguem o voto do relator. Insta salientar o fato de todos os ministros levarem prontos os seus votos para o julgamento. O que se tem é uma Suprema Corte decidindo sobre os casos sem às vezes analisar quais foram os argumentos apresentados pela parte Requerente, agindo por mera deliberalidade.

Logo, o Tribunal deveria decidir sobre todos os argumentos apresentados, não deixando qualquer lacuna ou margem para interpretação divergente, justamente pelo fato de estarem decidindo sobre matérias conflitivas em algum estamento da sociedade, na maioria das vezes. Silva esclarece pontos peculiares, como:

(1) Nos casos que atraem mais atenção do público, todos os ministros tendem a levar seus votos já prontos para a sessão de julgamento. (2) O fato de os demais ministros não receberem o voto do relator com antecedência, ou seja, o fato de os demais ministros irem para a sessão de julgamento sem saber quais são a decisão e os argumentos do relator. Além disso, não parece haver consenso se o relator deveria expor opiniões contrárias às suas no seu voto ou se deve apenas defender a sua posição, ignorando os argumentos que não ajudem a sustentar sua tese. (SILVA, p. 190, 2015).

Outra questão que decorre do fato dos ministros levarem os votos prontos para julgamento é justamente a interferência no debate sobre o julgamento em pauta, uma vez que o Supremo foge do dever de debater e deliberar, sendo que a partir do momento em que cada ministro apresenta seu voto, ele limita-se a discutir somente sobre a fundamentação contida no seu relato, prejudicando assim os debates fundamentais. Silva expõe também que “essa prática tem o potencial de relativizar o papel do relator como o ministro que pauta o debate, já que o debate é pautado pelos votos já escritos”. (SILVA, p. 191, 2015).

Nesse diapasão, verifica-se que institutos importantes no modo de deliberação pela suprema Corte estão sendo aplicados de forma deficiente nos julgamentos, uma vez que compete à mesma interpretar a norma constitucional e conseqüentemente promover o debate em sessão de

julgamento, o que acaba acontecendo, mas geralmente pautando-se por subjetivismo e individualismos, portando decisões prontas em forma de voto na Suprema Corte.

4. Da deliberação pelo STF e o direito comparado

No caso da ADI 4277, verifica-se o conflito na votação acerca da fundamentação da decisão e seus efeitos jurídicos, principalmente quando os juristas traçam um comparativo entre o disposto no Código Civil (artigo 1.723) e a Constituição Federal (artigo 226, § 3º). Os ministros, ao compararem os dispositivos, analisaram os requisitos específicos de cada artigo, bem como utilizam demasiadamente fontes estrangeiras para sustentar o argumento de reconhecimento da união homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre o conflito de normas, Travessonni expõe requisitos necessários em se tratando do comparativo de dispositivos, especificamente no caso da ADI 4277:

Naturalmente a norma do Código Civil é mais específica que a norma constitucional, estabelecendo requisitos ausentes nesta: o caráter contínuo e duradouro da convivência e o objetivo de constituir família. Esses requisitos são importantes para configurar a união estável, mas, no que diz respeito ao reconhecimento de sua validade para casais formados por pessoa do mesmo sexo, o que importa é a parte comum aos dois artigos. Na discussão sobre a matéria, e, sobretudo, para fundamentar a decisão, foram usados pelos ministros do STF, diversos argumentos favoráveis à união homoafetiva. (TRAVESSONNI, 2013).

Os ministros utilizaram argumentos favoráveis ao teor da decisão para fundamentar os votos e muitos utilizaram decisões estrangeiras para dar embasamento às suas decisões. Contudo, o Direito Comparado é utilizado de forma deturpada, uma vez que na sua raiz, trata de uma análise crítica do instituto para então verificar sua possibilidade de aplicação no ordenamento jurídico nacional. A técnica de interpretação é

fundamental para que se tenha um provimento final coerente com os fatos apresentados no pedido inicial, de forma a afastar toda e qualquer obscuridade. O que se vê no presente cenário jurídico atual é o jurista atuando como legislador, principalmente ao evocar direito estrangeiro para fundamentar suas decisões.

Não basta simplesmente trazer à baila jurisprudências estrangeiras sem verificar as consequências jurídicas que a mesma pode acarretar no judiciário brasileiro. A técnica é algo fundamental no modo de elaboração do voto de qualquer ministro. Sobre a técnica jurídica, Gonçalves esclarece que:

A técnica jurídica, conforme a define CLAUDE DU PASQUIER, é “o conjunto de procedimentos pelos quais o Direito transforma em regras claras e práticas as diretivas da política jurídica”. Mas, no estudo desses procedimentos, embora a Técnica Jurídica, desenvolvida no âmago da Ciência do Direito, já percebesse que há uma “técnica legislativa” e uma “técnica da jurisprudência”, seus estudos se concentram na formulação dos conceitos, de categorias jurídicas, de institutos jurídicos, e de ramos do Direito positivo. Na expressão de Pierre Pescatore, tais procedimentos constituíam o *savoir faire* daqueles que elaboram e praticam o Direito, podendo assumir duas funções distintas: a de fazer leis – a técnica legislativa e a de aplicar a lei, em *d'autres mots, la pratique judiciaire et administrative*” (GONÇALVES, 2012, p. 25/26).

Insta salientar que a mera reprodução de legislação estrangeira no ordenamento, sem a verificação metodológica correta quando da sua aplicabilidade, não se caracteriza como a comparação tanto ventilada pelos estudiosos do Direito Comparado. Não se trata, portanto, de simplesmente comparar: a prática aponta para comprar e verificar os limites de aplicabilidade. Horbach esclarece que a princípio, o trabalho de verificação de institutos internacionais sobre determinado caso específico, e sua posterior aplicação, é o primeiro passo do trabalho de comparação:

Sem esses elementos de compreensão global dos ordenamentos, a simples justaposição de várias regras não é direito comparado, mas sim seu passo preliminar. A partir dessa justaposição é que começa o trabalho mais árduo

em qualquer comparação, que igualmente diz com a identificação de diferenças nas aparentes semelhanças. (HORBACH, 2016, p. 158)

Em um dos momentos de seu voto na ADI 4277, o ministro Celso de Melo faz menção à busca da felicidade, positivada nos textos da constituição japonesa, além de mencionar sobre o *direito* à busca da felicidade pela corte norte americana (STF, 2014), fazendo um comparativo com ideais iluministas ao evocar o pensamento de John Locke. As menções ocorrem sem qualquer critério científico, costurando trechos soltos dentro do voto sem incorrer ao estudo metodológico da forma de se aplicar tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro. O ministro menciona o princípio constitucional japonês tão somente porque um outro tribunal fez a sua utilização em um julgamento, se tornando apenas uma reprodução sem teor efetivo para o julgamento da ADI 4277.

Com a reprodução de princípios internacionais, o ministro foge do seu papel de decidir com base no caso concreto e passa a legislar apresentando teorias e axiomas que, antes de quaisquer reproduções, devem respeitar os ditames constitucionais. Apesar de o Brasil ser signatário de tratados internacionais, a base principal de qualquer decisão é a constitucional nacional, uma vez que não é permitido dentro do ordenamento jurídico conflitos de normas com a própria constituição.

Logo, nota-se a importância da interpretação da norma e a consequência que tal interpretação pode acarretar. A deturpação do Direito comparado é escancarada principalmente no voto do ministro Gilmar Mendes, ao citar o pensamento de Peter Häberle e ao mesmo tempo citar obras do direito americano, sem fazer qualquer estudo e relação com os fatos discutidos na ADI 4277 (STF, 2014).

Sobre o dever de interpretação da norma de que é incumbido o julgador, Fazzalari sinaliza a necessidade de verificação do conteúdo, destacando a análise hermenêutica em dois momentos, sendo o primeiro

Quanto a interpretação da norma de que se tenha constatada a existência, ela consiste: - na determinação da “*fatispécie legal*”, isto é, no aprendizado em abstrato, da situação descrita pela norma como pressuposto da “*estatuição*”,

isto é, como situação em constância da qual se dá a valoração do comportamento. – na determinação do conteúdo da “estatuição” ligada pela norma à fastispécie, isto é, na individualização do comportamento descrito pela norma (e dos seus elementos constitutivos: sujeito, vontade, conteúdo, forma, e, onde seja relevante, causa) e da qualificação de “lícito” ou “devido” que a norma lhe atribui. O dever do juiz – como interprete em geral – seria fácil se se tratasse da mera leitura de um texto normativo, claro e isolado. Mas assim não é; insurge, para tanto, a questão hermenêutica, isto é, do método de interpretação. (FAZZALARI, 2006, p. 463).

E o segundo:

Independentemente da óbvia constatação de que, se as normas incorporam “valores”, elas são “valores”, como todos os objetos do discurso humano, vãos, por serem conhecidos e manejados, traduzidos em verba, isto é, em sinais e conceitos – o emprego, prevalecente (não exclusivo) de um e de outro método depende disso. Há valores normativos (relativamente) estáveis e inelásticos, e em relação a eles, exatamente por suas tais características, o intérprete pode proceder, e em geral procede, geométrico more, isto é, mediante esquema lógico “formal”: pensa-se, justamente, na derivação da norma, por via lógica, de uma série de “constantes”, de “formas” (por exemplo, “direito subjetivo”, “contrato”, “procedimento”). (FAZZALARI, 2006, p. 465).

Assim, verifica-se a necessidade do julgador partir de uma análise científica da legislação internacional para só então fazer a sua comparação ao direito nacional. Em específico no caso da ADI 4277, verifica-se a deturpação de conceitos e o modo de aplicação na votação. Há, portanto, um emaranhado de regras que devem ser analisadas antes do proferimento do voto pela Corte Suprema, uma vez que em se tratando de norma estrangeira, a mesma pode ser mencionada na votação desde que ocorra coerência com a argumentação e o objeto da discussão. Fazzalari ressalta que

A norma – como o ato que ela qualifica e como a posição jurídica subjetiva que dela se extrai – está, no âmbito de um determinado ordenamento, em conexão com outras normas, com outros atos, com outras posições jurídicas. FAZZALARI (2006, p. 85)

No caso da ADI 4277, os ministros que mencionaram decisões internacionais para fundamentar o seu voto demonstraram o embasamento de maneira inapropriada, sem o rigor metodológico necessário para se ter uma efetividade do direito comparado. Logo, não se trata do mérito da votação, mas sim do modo de deliberação pelo Supremo, que vale de mecanismos sem observância do crivo científico exigido, se tornando apenas um mero reprodutor de legislação internacional, o que pode acarretar inseguranças jurídicas, que não devem permear a mais alta corte do ordenamento jurídico brasileiro.

5. Considerações finais

A Procuradoria Geral da República pleiteou com sucesso o reconhecimento da união homoafetiva dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a partir de uma nova interpretação de dispositivo civil conjuntamente a dispositivos constitucionais. Nota-se que a base da fundamentação do objeto da ADI 4277 foram os princípios constitucionais de direito. Contudo, ao analisar o inteiro teor da ADI 4277, verificase algumas situações que dão margem à discussão sobre o modo de atuação da Suprema Corte. Constatou-se a urgência na tratativa do tema objeto da ADI 4277, uma vez que no respectivo contexto jurídico não mais se poderia ignorar os casais homoafetivos, sendo imprescindível garantir os seus direitos fundamentais, como por exemplo a união como casal no intuito de constituir família.

Para se tratar do tema, muitos institutos são analisados, adentrando no contexto do conceito de família, em que é urgente a desconstrução da ideia de que é formada somente por um homem e uma mulher com vistas à procriação. Esta nova concepção perpassa a garantia constitucional da liberdade, em que o indivíduo pode se relacionar com quem quiser, inclusive com outra pessoa do mesmo sexo. Assim sendo, o cidadão também tem o direito de ter resguardadas todas as suas garantias legais

estabelecidas, fazendo com que ao se unir a outro, tenha como reflexo da união todos os efeitos conjugais como pensão, patrimônio, entre outros.

Nota-se também na matéria que o Supremo Tribunal apresenta em sessão na corte os votos de julgamento concluídos, incorrendo no fato de que o debate acerca da temática objeto de discussão fica limitado aos argumentos já apresentados no voto, o que empobrece e draga o debate, uma vez que os votantes chegam com posições contrárias ou não pré-estabelecidas. Insta salientar também, que na maioria dos casos os votos seguem os mesmos caminhos do relator e nem sempre os argumentos apresentados pela parte Autora são analisados, em razão de se somente proferir discursos prontos nas sessões.

Lado outro, especificamente na ADI 4277, alguns ministros fundamentaram seus votos com a citação de legislação estrangeiras, entre elas Japão, Estados Unidos e Inglaterra. Contudo, observa-se a mera reprodução de dispositivos internacionais sem um mínimo de análise metodológica para a reprodução de tais decisões. Percebe-se a necessidade da correta utilização de metodologia comparada na fundamentação de decisões pela Suprema Corte, sendo que a simples elucidação utilizada não tem um critério mínimo estabelecido de verificação de sua coerência com o ordenamento jurídico a que se compara. O fato de se utilizar o direito comparado sem qualquer verificação científica faz com seja ineficaz a comparação em se tratando de legislação brasileira.

Assim, vê-se que a Suprema Corte brasileira ainda carece de um rigor metodológico na aplicação do Direito comparado como fundamentação de votos, de modo a não se tornar uma corte que somente reproduz institutos internacionais sem critérios, de modo a ser desacreditada na seriedade quando da decisão dos julgamentos.

6. Referências

FAZZALARI, Elio. **Instituição de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LAGES, Cintia Garabini, Lôbo, Edilene, Junior, Eloy Pereira Lemos. II Seminário Internacional “**Direitos Fundamentais, jurisdição e processo coletivo**”. Volume 01. Pará de Minas – MG, VirtualBooks Editora, 2016.

SARLETE, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** / 10. Ed. Ver.atual. e ampl.; 3. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STF. **ADI 4277**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em 15 jun. 2018.

SILVA. Virgilio Afonso da. “**Um voto qualquer?**”. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/21>. Acesso em 18 jun. 2018.

TRAVESSONI. Alexandre Gomes Trivisonno. **Igualdade, dignidade, proteção à família e união homoafetiva: o STF sem saída? Direitos Sociais em debate** / Cláudia Toledo (organização) – Rio de Janeiro: Elsevier 2013.

Das possibilidades de subversão jogando pelas regras do patriarcado

*Emmanuella Denora*¹

1 Introdução

Na estrutura social, a condição da mulher é de alteridade, como “outro” – antes era negada, e posteriormente, secundarizada. Se numa estrutura binária heteronormativa já existem dificuldades na busca de direitos iguais reconhecidos pelo Estado, caminhos não menos pedregosos atravessam as pautas transnormativas, que desassociam e questionam as expressões de reconhecimento normativo exclusivamente binário diante das pautas identitárias diversas desvinculativas da ordem (im)posta de sexo – gênero – desejo como padrão de “normalidade”. A começar por reconhecimento em direitos fundamentais – tão fundamentais como existir sem temer a morte por ser quem são.

Tal estrutura, sobretudo com o comprometimento discursivo constitucional em acatar a igualdade formal como posição de legitimação e em gênese, além de meio (eficaz) de relativizar pautas dos grupos menos favorecidos historicamente - se dá de modo não declarado, como de condição das opressões em geral, que se perpetuam irrelatadas porque da

¹Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP – 2018); advogada militante inscrita na OAB/PR nº 48394; bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL – 2008); pós-graduada em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL – 2009). Professora de Direito Constitucional, de Direito Processual Penal e Direito Penal na graduação e Pós-Graduação. Pesquisadora em Feminismos e Direitos Humanos. E-mail: denora.adv@gmail.com.

ordem do ignorado, não da inexistência; bem como resultado do discurso oficial corroborado por filósofos e pensadores em toda a história da humanidade, reproduzindo o falocentrismo² por meio de legislação - o que implica na aferição de legitimidade à estrutura sociocultural.

Logo, a reprodução do *habitus* da mulher, dos homossexuais e das pessoas não-binárias e trans, na perpetuidade da dominação masculina implica em que para desmascarar a hegemonia cultural falocentrada seja necessário contabilizar os fatores institucionais da repetição da divisão de gêneros para que se revele, e o papel coringa do Direito tanto na manutenção como na desconstrução de tal. Daí o título que implica também no questionamento deste: quem fez as regras foram os homens brancos e héteros, mas conseguimos alguns espaços, e pela ocupação desses espaços, para então podermos discutir meios políticos de representação subversiva a fim de sedimentação de direitos fundamentais básicos (para iniciarmos o debate)? Formalmente nos foram garantidos meios para tanto, mas entre a realidade do texto constitucional e prática inclusive estrutural do Estado há um abismo.

Assim, nestas linhas, usamos o método crítico-dialético, com os marcos teóricos pós estruturalistas e do feminismo *queer*, para tecermos algumas considerações sobre as possibilidades de ocupação dos espaços políticos e do reconhecimento de nossos corpos como meios para desestabilizar as estruturas de biopolítica do *status quo*.

2. Direito e patriarcado

O patriarcado representa a estrutura que organiza a sociedade como posta em vigência numa ordem de favorecimento para alguns e submetendo os favorecidos obrigatoriamente sob pena de violência e morte (TIBURI, 2018, p. 59) e de modo mais sofisticado pela vigência estruturante da normatização estatal.

² Bourdieu utiliza os termos “androcentrismo” e “androcêntrico” em *A Dominação Masculina*, obra referenciada. Entretanto, com a finalidade de manter uma unidade terminológica, utiliza-se neste texto o termo “falocentrismo/falocêntrico” em substituição.

É importante compreender o papel que o Estado possui ao ratificar e reforçar as prescrições e proscricções do patriarcado privado como se público fosse, com a finalidade de gerir e regulamentar a existência quotidiana da unidade doméstica (BOURDIEU, 2012. p. 105) que impõem uma feminilidade vinculada à condição de reprodução compulsória condicionando a existência da mulher e tolhendo na prática seu exercício na *polis*, e tratando o padrão “homem” como normalizado, e tudo o que se relaciona na ordem do feminino como excepcional e oneroso.

Assim, o Estado, pela obra dos legisladores e administradores públicos ao não prever nem estruturar, adequadamente, políticas públicas voltadas à afirmação dos direitos das mulheres e demais minorias baseadas no gênero, acaba por impor, historicamente, a visão ultraconservadora e vinculada a questões de fé que faz da família patriarcal o princípio e modelo da ordem social como ordem moral, fundamentada na preeminência absoluta dos homens em relação às mulheres, dos adultos sobre as crianças e na identificação da moralidade com a superioridade da força física e o domínio do corpo, lugar de tentações e de desejos. Com isso, os Estados modernos inscreveram no Direito todos os princípios fundamentais da visão falocêntrica (BOURDIEU, 2012. p. 105).

Neste ponto, alguns avanços foram obtidos no Brasil, particularmente na pauta feminista liberal, em considerar a mulher em sua hipossuficiência e perceber a realidade fática de que as violências sofridas por elas são a partir do ambiente doméstico, é importante que se reconheça o importante papel que a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) representa nas conquistas de reconhecimentos dos direitos das mulheres e do modo como o Brasil compreende, através do Direito, sua relação com elas. A lei, de natureza híbrida (não somente criminal, como fica sugerido pelo uso cotidiano) foi fruto de condenação internacional do Brasil pela ausência de cuidado e desrespeito à Convenção de Belém do Pará, do qual é signatário, e que estipulou tutelas procedimentais diferenciadas para efeitos protetivos de urgência para as situações limítrofes

em que a resposta é o direito penal, bem como pela previsão de evitação de tais casos por estipulação legal de políticas públicas de fomento de base de discussões sobre gênero e sobre a violência doméstica em vários estratos da sociedade³.

É um começo, muito salutar, mas ainda não resolve o machismo estrutural, sobretudo pela tendência de resumir na prática a Lei Maria da Penha a sua aplicação criminal, e como defende-se amparando-se na crítica, problemas sociais não se resolvem a partir do Direito Penal, quando muito se criam novos problemas sociais⁴⁵. Gera-se um caminho possível dentro do tempo histórico que se insere a mulher do período legislativo promovido por ela, mas é necessário que se perceba dentro da crítica que afinal, como comenta sobre essa ambiguidade relacional, diz Diniz (2016) que trata-se de repressão no campo penal – o que é reiterar uma estrutura de violência respaldada pelo Estado e que coloca a “celebração” de conquista por esse caminho algo a ser problematizado, por ser uma conquista no qual o reconhecimento do gênero é respaldado por um marco alocado e naturalizado dentro da ideia de família heteronormativa, que revoluciona a relação estrutural reconhecendo que a mulher necessita de uma conquista de igualdade porque sofrem violências em sua casa, e em si pede a inclusão na heteronormatividade, cuja moral é ambígua porque nos faz celebrar a naturalização do gênero.

³ Para uma abordagem mais direcionada à Lei 11.320/2006 e suas conquistas e metas a cumprir do período de vigência normativa quanto à efetivação e promoção de igualdade material em relação a gênero, conferir “*Tutela Diferenciada dos Direitos das Mulheres nas Relações Domésticas e Familiares Através da Lei Maria da Penha*” (CAMBI; DENORA, 2017). Disponível em < <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/484> >. Acesso em 05 de Novembro de 2017.

⁴ Para uma análise introdutória sobre o assunto, conferir “*Exclusão Social e Democratização do Processo Penal: Política de Redução de Danos Pela Filtragem Constitucional em Direitos Fundamentais*” (DENORA; ALVES, 2017). Disponível em < <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/rojoxn13/9t8274u3/Cnz1IOS3a5oCp8Xo.pdf> >. Acesso em 05 nov.2017.

⁵ De acordo com pesquisa custeada e idealizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), “*Mulheres vítimas de violência doméstica que buscam o Sistema de Justiça se sentem frustradas e não ouvidas. E se o tempo voltasse atrás, não estariam dispostas a passar por todo o processo novamente. A conclusão é da pesquisadora Marília Montenegro de Mello, ao analisar amplo estudo sobre a aplicação da Lei Maria da Penha (n. 11.340/2006), nos casos de violência doméstica que tramitam na justiça do País. A pesquisa tem como objetivo ajudar o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a diagnosticar entraves na aplicação da Lei Maria da Penha pelo Judiciário.*” Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85601-pesquisa-revela-frustracao-de-mulheres-vitimas-de-violencia-que-buscam-solucao-na-justica> >. Acesso em 10 maio 2018.

Na esteira de Beauvoir, em que “*é do ponto de vista das oportunidades concretas dadas aos indivíduos que julgamos as instituições*” (p. 25) o papel do Direito nesse sentido não se resume a prever uma igualdade formal – o que é significativo, mas não o bastante – visto que, como manifestado por Tove Stang Dahl (1993, p. 4), bem como a igualdade perante a lei advinda na Revolução Francesa foi proibitiva tanto a pobres como ricos que dormissem debaixo das pontes, também nos dias de hoje a igualdade perante a lei não impede práticas discriminatórias. As leis sobre a igualdade de tratamento não produzem, por si só, resultados iguais e justos, nem no plano individual nem no plano coletivo. Por vezes implicando precisamente no contrário, logo, para que haja igualdade é necessário um tratamento desigual, de forma a garantir às partes ou grupos desfavorecidos oportunidades de igualdade de mérito equivalente.

Deste modo, no concerne às mulheres, o compromisso democrático advindo com a Constituição da República é um giro copernicano se considerarmos o tratamento jurídico anterior de inferioridade legal dado às brasileiras, evidentemente (ainda que, ironicamente, antes de 1988 a mulher não fosse plenamente capaz civilmente, ainda que pudesse responder criminalmente pelo aborto nos termos já vistos...), mas não é o suficiente, uma vez que por detrás dessa neutralidade terminológica aplicada e formalmente declarada, age de modo estruturante e incisivo o machismo impregnado e incorporado historicamente no agir comum que considera “normal” o olhar masculino, heterossexual, e branco de mundo. Ainda assim, é a oportunidade jurídica necessária para o pleito de igualdade material e efetivação de políticas públicas com viés de gênero.

Mais: fenômeno antigo, mas pauta social chamada atenção e problematizada mais recentemente, ao serem ouvidas ainda que trêmulas, as vozes de minorias que nunca puderam se expressar, o feminismo interseccional e a pauta *queer*. Formalmente a dignidade da pessoa humana é o fundamento principiológico da República, todavia a sociedade está impregnada de um comportamento de castas explicado pelo baixo capital cultural (também fenômeno recente de massificação inclusiva de educa-

ção formal), que secundariza a mulher branca hétero como subcategoria humana, e relega espaços de guetos aos indivíduos de comunidades *queer*, em tratamento sub-humano e negando oportunidades e direitos básicos, como educação.

O reconhecimento das mulheres como sujeitos legais em estatura formal de igualdade trouxe a incorporação da afirmação de que os direitos das mulheres são direitos humanos – logo, direitos fundamentais – o que não automaticamente implica num reconhecimento social dessa estatura material de igualdade. Assim, se o Direito, lido através da concepção democrática substantiva que tem no próprio Estado movimentador do espaço político, propulsor em conjunto com os movimentos sociais civis, em atuação adequada para confirmação das competências do Estado e implementação efetiva democrática em inclusão social de minorias necessariamente relacionadas com direitos fundamentais e pleno exercício de direitos civis e sociais, apto a conjugar métodos da democracia deliberativa e da democracia agregativa, cujo protagonismo estatal vem a ser no sentido de ser um coordenador de fluxo de interesse e articulador de uma ideia pluralista de bem-comum (ALVES, 2013), sendo capaz de fomentar a inclusão e a transformação da realidade social. Mesmo caminho entende-se que deve ser alcançado no feminismo interseccional.

A possibilidade de protagonismo do Judiciário em casos de direitos fundamentais é aceita a níveis moderados (sob a evitação de uma república de togas) com a finalidade de efetivação de inclusão democrática e participação popular, seja por meio do Ministério Público seja pela própria sociedade civil em exercício de petição por reconhecer no direito processual meio de promoção, bem como ao Direito e sua estrutura material - e até mesmo por isso - compete prever regulamentações de como romper tais estruturas assimétricas de poder (CAMBI, 2016) e hegemônicas da dominação masculina, posto que em o Direito negando-se a este papel proativo, tal ciência se assume como sempre o foi, constituinte e ratificadora de enorme parcela da hegemonia cultural dos homens no modo como a sociedade se

estrutura. Hegemonia cultural significa que aceitar uma visão da realidade específica dum grupo dominante é considerado como sendo normal no enquadramento da ordem natural das coisas, mesmo por quem, na realidade, lhe está subordinado, e dessa forma o Direito contribui para manter a posição do grupo dominante, ao manter inerte e incontestado seus parâmetros avaliativos (DAHL, 1993, p. 6).

Tal, justamente, trata-se do paradigma que se intenciona superar ao considerar uma perspectiva feminista do Direito, afirmando o rompimento com fórmulas em que a sociedade cria um padrão de comportamento cujas perspectivas e expectativas de tal realidade social são limitadas, condicionando as mulheres em menores oportunidades de obterem posições de liderança na sociedade, advindas de tempos em que o acesso a educação e cargos públicos eram negados a elas (DAHL, 1993, p. 52).

Consta da primeira publicação de *O Segundo Sexo* a data de 1949. E já neste ano Beauvoir (2016, p. 23) desconstrói essa relação de igualdade democrática formal, e estrutura que

a maioria dos homens não assume explicitamente essa pretensão. Eles não colocam a mulher como uma inferior; estão hoje demasiadamente compenetrados do ideal democrático para não reconhecer todos os seres humanos como iguais. [...] O homem pode, pois, persuadir-se de que não existe mais hierarquia social entre os sexos e de que, *grosso modo*, através das diferenças, a mulher é sua igual. Como observa, entretanto, algumas inferioridades – das quais a mais importante é a incapacidade profissional – ele as atribui à natureza. Quando tem para com a mulher uma atitude de colaboração e benevolência, ele tematiza o princípio da igualdade abstrata; e a desigualdade concreta que verifica, ele não a *expõe*. Mas, logo que entra em conflito com a mulher, a situação se inverte: ele tematiza a desigualdade concreta e dela tira autoridade para negar a igualdade abstrata. Assim é que muitos homens afirmam quase com boa-fé que as mulheres são iguais aos homens e nada têm a reivindicar, e, *ao mesmo tempo*, que as mulheres nunca poderão ser iguais aos homens e que suas reivindicações são vãs. É que é difícil para o homem medir a extrema importância de discriminações sociais que parecem insignificantes de fora e cujas repercussões morais e intelectuais são tão profundas na mulher que podem parecer ter suas raízes numa natureza original. [grifos no original]

E tal atitude excludente tácita se reflete na ausência de lugares de liderança ocupados por mulheres, lugares estes tradicionalmente vinculados ao masculino pelo papel social que exerce. Compreender a construção estrutural patriarcal é base necessária e imprescindível para a maior conscientização e visualização do papel que o gênero, como construção cultural, sujeitou as pessoas a partir da reprodução do *habitus* dominante (BOURDIEU, 2007.p.162-211). Tal construção patriarcal também serve como método de perpetuação do *status quo* a começar pela divisão socialmente construída entre os sexos, como naturais, evidentes, e adquire, assim, todo um reconhecimento de legitimação, que impregna os setores oficiais e passam a encontrar no senso comum uma justificativa que impede a problematização e discussão de locais tradicionalmente reconhecidos, não como uma quebra de paradigma em si, mas também.

Por não serem percebidos os mecanismos subjacentes, tais como os que fundamentam a concordância entre as estruturas cognitivas e as sociais, e, por isso, a experiência dóxica do mundo social, os efeitos simbólicos da legitimação são imputados a fatores que decorrem da ordem da *representação* mais ou menos consciente e intencional (“ideologia”, “discurso”, etc), que constrói o mundo social como depositário de princípios de visão e de divisão sexualizantes (BOURDIEU, 2012. p. 17-18), que implicam necessariamente determinados locais naturais de ocupação e funções sociais imanentes, replicando o que desde os gregos (e confirmado pelo séquito intelectual que prosseguiu no tempo nessa vertente) se estabeleceu como o espaço feminino sendo o espaço “do lar”, capitalizando suas funções reprodutivas e de imagem agradável, a fim de não provocar incômodos, enquanto o homem pode se ver livre para estabelecer e organizar o mundo.

Assim funciona a ordem falocentrada e a ausência de representação diversa é uma violência simbólica (quando não fática) no sentido de que impõe à mulher e à comunidade trans a naturalização de que não ocupe determinados espaços – de liderança, chefia e mando, de decisão sobre o

próprio corpo, e que não questione - e inclusive confirme - o entendimento nesse sentido, sendo absolutamente necessário incorporar nas problematizações de gênero o fato de que tais relações impactam não somente as experiências, mas o exercício do poder – assim como as formas de dominação e de exploração – se dá também internamente ao grupo “mulheres”: a experiência vivida de uma mulher, negra, lésbica, periférica certamente dista da realidade percebida pela mulher branca heterossexual da classe média. Uma democracia igualitária depende, portanto, do enfrentamento daquilo que faz rodar as engrenagens do gênero, mas também as de classe e de raça (BIROLI & MIGUEL, 2014, p. 14)

O que mantém a violência simbólica estruturada pela dominação masculina possibilitando as condições de exercício é justamente a primazia dada aos homens afirmadas na objetividade de estruturas sociais e de atividades produtivas e reprodutivas, com base em divisões sexuais de atividades e atribuições, conferindo aos homens a melhor parte, a mais prestigiosa, remontando às estruturas do *habitus* trazidas por Bourdieu (2012, p. 45), que molda as condições como matrizes perceptivas de como agir socialmente aos membros que consideram tais modos de agir e pensar universalmente partilhados, que impõem-se a cada agente como transcendentais – “é assim porque sempre foi assim” sem questionar por que sempre foi assim -, o que reveste a visão falocêntrica como a de senso-comum, normalizante, que permitem que as próprias mulheres reproduzam a dominação, que Bourdieu chama de adesão dóxica - o que explica as vozes femininas que utilizam de argumentos misóginos sob o fundamento condicional e circunstancial de ser mulher, dificultando as questões de representatividade de gênero.

Nesse sentido, tal atitude excludente tácita se reflete na ausência de lugares de liderança ocupados por mulheres e pessoas não binárias, que impedem que uma visão divergente estrutural possa vir a ser manifesta e explicada, lugares estes tradicionalmente vinculados ao masculino pelo papel social que exercem. Isso como estruturante de nossa sociedade obviamente se reflete na realidade jurídica e nas formas como mantem

seu exercício de manifestação e suas estruturas hierárquicas, e sua mitigação muito evidente não por ausência de mulheres no Direito, mas pelo Direito ser também uma manifestação patriarcal e como tal compreender como “normal” e “padrão” a ausência de mulheres em posições de destaque e liderança, posto que locais tradicionalmente masculinizados. Nisso, ainda é necessário colocar quão necessariamente a presença de diversidade de gênero nos espaços de poder traga ao debate questões dos direitos fundamentais desses grupos (adesão dóxica ao discurso normalizante).

Essa estrutura do Direito representando interesses do patriarcado já é denunciada dentro da Academia, posto que a educação jurídica emancipatória passa também pela via feminista. Liana Cirne Lins (2016), em entrevista ao manifestar-se sobre evento jurídico em que haviam 39 (trinta e nove) palestrantes homens e 01 (uma) palestrante mulher, aborda a impossibilidade de se tratar de direitos humanos e fundamentais sem observar-se o orador, aquele que traz a mensagem, uma vez que que se tal discurso for proferido sempre pela figura do homem branco, já o é de antemão parcial e amputado. Continua, manifestando que

Representatividade de gênero e representatividade étnico-racial são temas jurídicos que integram os grandes debates contemporâneos. Creio que o jurista do nosso tempo encontrou o seu "novo princípio da carruagem", que diz respeito à incapacidade do pesquisador do direito reconhecer que as condições de produção e reprodução do saber jurídico são opressoras. Se o princípio da carruagem apontava para os limites do positivismo como método de neutralidade axiológica, destacando os condicionamentos do próprio pesquisador, o novo princípio implica reconhecer que as particularidades do modo de produção e reprodução do conhecimento jurídico são marcadamente opressoras. Não é mais possível invocar os grandes discursos emancipatórios sem que mulheres e negros participem também do púlpito, sob pena de esvaziamento de significados ou mesmo de contradição. (...) O debate de gênero hoje se dá no marco de outros debates emancipatórios e é perpassado por outras lutas, que lhe são transversais. Porém, a simples garantia da presença da mulher no mercado editorial e nos eventos jurídicos não pode, por si só, garantir a construção de um saber emancipatório: é necessário somar perspectivas.

“Homem branco” aqui, como explica Marcia Tiburi (2018, p. 41), no sentido de uma metáfora do poder, daquele que sempre fora sujeito do privilégio de gozar em espaços de destaque e prestígio social, da figura autoritária alicerçada no acobertamento das relações que envolvem os aspectos de gênero, raça, sexo e classe, idade e corporeidade. Explica ainda que

O homem branco falante é uma forma personalizada da velha soberania patriarcal. Um corpo presente, um modo de ser, a materialização concreta do poder, seu simulacro em estado bruto. Na ordem do discurso patriarcal, o “homem branco” é uma figura e uma lógica ao mesmo tempo. Está autorizado a falar sobre todos os assuntos, a fazer o que bem entender, muitas vezes até a perversão, a produzir e reproduzir uma visão de mundo que o favorece. O que se chama de lugar de fala é uma insurgência que afeta o chamado “falocentrismo”, que é a “fala-poder” ou o “poder-fala” do homem branco. A “fala” é autorizada por um “falo” que sempre esteve em posse dos homens brancos, que dominaram os discursos e a produção da verdade. (TIBURI, 2018, p. 58)

O Direito está incluso numa ordem patriarcal, a qual não se pode simplesmente negar, e quando se esconde numa neutralidade – seja pela linguagem seja no discurso – está de fato endossando um regime excludente arraigado em sua estrutura, e tendo como neutro o que na realidade é da ordem do masculino – sendo as atribuições da mulher a exceção.

Não apenas como reflexo legislativo dessa estrutura, que, reitera-se, de tão presente é estruturante da própria condição e sujeição dos fatos, mas também na prática jurídica generalizada há relatos de episódios que diminuem, no caso em exemplo, as mulheres, por apenas serem, por vezes negando ou desqualificando seu discurso pela condição de gênero. São manifestações de advogadas⁶, de defensoras públicas⁷, de mulheres

⁶ Evento foi criado para discutir a questão do machismo estrutural na prática da advocacia, disponível em < <http://blogexamedeordem.com.br/quem-tem-medo-das-advogadas-no-direito/> >. Acesso em 17 set. 2017.

membros do Ministério Público, da magistratura, e também de professoras⁸. Na academia, além da baixa representatividade ou episódios de desqualificação de mulheres, há relatos de sanções sobre temáticas consideradas “polêmicas”, como aborto, e que são bandeiras tradicionais dos movimentos feministas e de gênero.

O próprio debate de gênero traz sanções indiretas àquelas que tratam dos temas, seja com ofensas pessoais de colegas que pensam diversamente⁹, com “piadas” machistas proferidas em sala de aula (em regra sobre o corpo e aparência das mulheres)¹⁰ ou mesmo com demissão. Ainda que haja uma legislação formalmente inclusiva, há um distanciamento na prática justamente porque não se aborda o tema de modo cientificamente comprometido, gerando um ciclo vicioso: não se fala sobre inclusão de gênero para evitação de pautas polêmicas, que só são polêmicas porque não se fala com esclarecimento sobre o tema. Resultando, ao fim e ao cabo, na ausência de diversidade em representatividade e com pautas de seus interesses nos espaços de poder, tradicionalmente reconhecido nas carreiras jurídicas¹¹.

⁷ Defensora Pública reportando ter sido diminuída por colega, pela condição de gênero. Disponível em < <http://emporioidodireito.com.br/ainda-sobre-o-machismo-por-fernanda-mambrini-rudolfo/> >. Acesso em 17 set.2017.

⁸ Como no trecho: “Mulheres ocupam cargos em escritórios de advocacia e empresas, são juízas, promotoras, defensoras, delegadas. Mas os cargos de direção continuam ocupados por homens e muito mais difícil às mulheres acessá-los, independentemente da qualificação, da experiência, do brilhantismo. Na advocacia privada, apesar de oito dos nove maiores escritórios do Brasil possuírem mais mulheres em início e meio de carreira, a posição de sócia só é ocupada, na média, por 30% delas. No Brasil, pesquisa realizada pelo Grupo de Pesquisa em Direito, Gênero e identidade da FGV Direito SP mostra que a participação de mulheres nos altos cargos de gestão em companhias abertas não ultrapassa 8%, isto é, mais de 92% dos cargos de alta gestão de empresas são ocupados por homens. Para mulheres negras, a situação é ainda pior, pois elas não chegam a 1% nos altos cargos de gestão. Na magistratura paulista, embora o ingresso de juízas e juizes seja parêlo no início da carreira, o Tribunal de Justiça de São Paulo tem nove desembargadores homens para cada desembargadora mulher. A Presidente do Supremo Tribunal Federal ironizou, pouco tempo atrás, seus colegas homens que não lhe deixavam falar – em meio a interrupções dos mesmos colegas, que insistiam em falar por cima dela mesmo enquanto o recado nada sutil era dado.” (DONAGGIO et al, 2017)

⁹Professor de Direito da Universidade Federalde Rondônia (Unir) proferexingamentosapalestrantedaUnBquedefendeualegalizaçãodoAborto. Nolinck, háacessoaoáudiodesua fala. <http://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2016/10/professor-universitario-diz-em-aula-que-palestrante-da-unb-e-vagabunda.html>Acessoem 17 set.2017.

¹⁰ Aqui, professor da PUC/RS que fez uma “piada” sobre estupro. Disponível em <http://anaeufrazio.blogspot.com.br/2015/04/machismo-na-faculdade-de-direito-professor-apologia-estupro.html> Acesso em 17 set.2017.

¹¹ No que se refere a invisibilidade de reconhecimento de mulheres como autoridade e autorizadas: “Cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado possuem corpo docente majoritariamente masculino. A invisibilidade é também bibliográfica: as listas de obras indicadas para as provas de ingresso nos programas de mestrado e

Contra esse silenciamento forçado e forjado que uma cultura educacional jurídica emancipatória também se faz necessária, até mesmo para que os próprios grupos percebam a importância do feminismo e do debate de gênero do e no Direito, porque a ação política junto aos oprimidos, para utilização de terminologia de Paulo Freire, tem de ser ação cultural para a liberdade, por isso mesmo, ação com eles. A dependência emocional do oprimido, fruto da situação concreta de dominação em que se acham e que gera também a sua visão inautêntica do mundo é feita para aproveitamento pelo opressor, que se serve desta dependência para criar mais dependência. A ação libertadora, pelo contrário, reconhecendo esta dependência dos oprimidos como ponto vulnerável, deve tentar, através da reflexão e da ação, transformá-la em independência (FREIRE, 2016, p. 97).

Isso atinge diretamente o âmago do ideal democrático moderno, que objetiva a inclusão de todos os grupos nos papéis de representatividade com o escopo de zelo e possibilidades de igualdade e liberdades materiais equânimes. Igualdade material no sentido de tratamento igualitário considerando as diferenças inerentes como fator de integração bem como as liberdades básicas de ser – de ser em condições de igualdade de respeito e tratamento sem diminuição das capacidades de posicionamentos nos espaços vinculadas ao gênero.

Se os grupos de diversidade de gênero não são devidamente representados em suas pautas, suas prioridades ficam mitigadas em relação ao padrão normalizante masculino.

O espaço que as mulheres, por exemplo, têm ocupado nas instâncias de poder ainda são contabilizados em unidades ou dezenas, minorados,

doutorado de várias instituições de ensino no país não têm, com frequência, uma autora sequer entre as indicadas. Quando são chamadas a falar, muitas vezes o evento foca na “percepção da mulher” sobre qualquer tema. Por exemplo, “Agressões à Mulher: Combate e Superação”, “A participação da mulher na política”, “Mulher, Liderança e Representatividade”, entre outros. A discriminação contra mulheres nos eventos acadêmicos se tornou tão caricata de uma sociedade apegada ao patriarcado que vários grupos de professoras criaram iniciativas como o Congrats, you have an all male panel, um tipo de selo machão (e machista) para eventos em que não há mulheres participando. No Brasil, temos a ação #NãoTemConversa, que igualmente tenta combater a ausência de mulheres em painéis, debates e discussões públicas.” (DONAGGIO et al, 2017). Nas plataformas e redes sociais, páginas como a do Facebook “Aqui só Fala Homem Branco” ironizam – e denunciam – a ausência de diversidade nos eventos acadêmicos (< <https://pt-br.facebook.com/aquiosofalahomembranco/> > Acesso em 21 abr.2018).

portanto, o que impede a normalização de suas pautas, sob pena de serem consideradas “extremistas” e não neutras, numa neutralidade que só o é porque normalizada pela misoginia estruturante social posta, logo, o “neutro” não é neutro de fato, senão impeditivo da diversificação. É, por óbvio, importante que existam e que permitam a contestação das estruturas tradicionais de dominação e que haja o debate dos feminismos e uma construção democrática em direitos humanos inclusiva e plena, sem excluir sua porção feminina e conseqüentemente toda a transversalidade de temas que coexistem ao gênero, como questões de raça e classe.

Necessariamente o Direito está relacionado à questão patriarcal, que se trata de instituições e estruturas normativas feitas por homens para homens a fim de cumprir os interesses desses mesmos homens, e que esporadicamente concede, ainda que como declaração e formalmente, igualdade de tratamento. Isso implica também em políticas com o escopo de diluição do machismo intrínseco e impregnado culturalmente e reiterado em situações cotidianas¹² mesmo que sem dolo para tal¹³, e que se prestam a reforçar estereótipos e senso-comum sobre a submissão relegando a tais grupos um ciclo vicioso de sub-condições de desigualdade e competição entre si, cuja identidade resta num limbo de significados buscados em equiparação ao homem, que padrão normalizante e normalizado comportamental, naqueles espaços de prestígio (DENORA; ALVES, 2016).

Em condição de gênero, muitos dos que divergem do padrão masculino heteronormativo e que são parte das “minorias” sociais adotam o discurso do grupo dominante por estar ideologicamente comprometido, em regra, à perpetuação do *status quo* pelo processo alienatório característico dos grupos dominantes, conforme a teoria marxista, esta que não

¹² Situações cotidianas que reiteram o machismo diariamente, como culpabilização da mulher por ser molestada em transporte público por usar “trajes inadequados”; ou xingar o árbitro de futebol de “filho da puta” (atribuindo uma conduta moralmente reprovável à mãe do sujeito, e não a ele); atribuir à mulher que exerce sua liberdade sexual a alcunha de “biscate”; preferir mulheres por sua aparência em situações não relacionadas (“a professora é gorda”), e inúmeras outras que podem ser listadas.

¹³ Pesquisa recente realizada pelo Instituto Datafolha aponta que 1/3 da população acredita que a culpa pelo estupro é da mulher < <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/09/um-em-cada-3-brasileiros-culpa-vitima-em-casos-de-estupro-diz-datafolha.html> > Acesso em 23 set. 2016.

se manifestou diretamente sobre a questão de igualdade de gênero, porém a partir do discurso geral, é possível se equivaler dos argumentos.

3 Da possibilidade de subversão

Sendo então o Direito – materialmente e na práxis – expressão do patriarcado, é importante que, ao buscar um Direito que abarque as questões de reconhecimento de direitos fundamentais a grupos de diversidade daquele que se autodeclarou “normal” como resposta às necessidades dessa porção esquecida historicamente.

Diante de uma estrutura masculina de mundo, os demais grupos se adaptam a uma realidade que não foi pensada a suas necessidades – a uma realidade inclusive jurídica, que por vezes ao tentar proteger, acaba por atrapalhar. Não basta ter espaço – já é um começo, mas não o bastante – porque não necessariamente ocupando tais espaços seja uma equivalência política de luta jurídica e política em interesses de gênero vinculados às pautas.

O sistema normativo se traveste de neutro quando não o é. Soraia da Rosa Mendes (2017, p. 172-175), ao apresentar o Direito como um campo de disputa, parte da classificação de Carol Smart, em que esta identifica três fases das posições feministas quanto ao Direito: a primeira é que o Direito é sexista; a segunda, que o Direito é masculino; e a terceira, que o Direito é sexuado. Sexista, porque ao distinguir os sexos o Direito as discrimina com menos recursos, as negando oportunidades e não reconhecendo as violências perpetradas, como se o sexismo fosse possível de superação das diferenças por si, que fenômeno superficial e não entranhado como a própria compreensão da ordem social.

O posicionamento de o Direito ser masculino, como sustentado por MacKinnon, uma feminista radical e binária, é considerado inadequado por Smart, posto que a ela este posicionamento reafirmaria que o Direito é unitário e incapaz de uma autocrítica interna investigando suas contradições, o que implicaria dizer que todo sistema fundado em valores ditos

universais e seus critérios decisórios orientados à imparcialidade servem aos interesses dos homens, estes também compreendidos como categorias unitárias, posto que o binarismo masculino-feminino são estruturas, para Smart, monolíticas que impedem que as diferenças internas se revelem. Por fim, o Direito ser sexuado permite uma análise a partir dos significados diversos que são conferidos por homens e mulheres, e que a diferenciação não necessariamente pode ser negativa para as mulheres:

Os objetivos da investigação mudam. Não se trata de buscar um direito que transcenda o gênero, mas de uma análise de como o gênero opera no direito e como o direito contribui para produzir o gênero. O direito não se define como o sistema que pode impor a neutralidade sobre o gênero, mas como um dos sistemas produtores não somente da diferença de gênero, mas também da subjetividade e identidade a que o indivíduo será vinculado e associado. (MENDES, 2017, p. 174)

É possível o uso do Direito como estratégia de gênero, com cautela, a ser mais que um terreno de conflito ou que veda a censura, mas que também produz lugares e posições de gênero. O Direito, defende Mendes (2017, p. 174), pode ser usado como legitimador de novas pretensões e novos princípios, como linguagem para a reconstrução da realidade a partir da experiência delas, instrumentalizado para justiça social e a liberdade das mulheres.

Inobstante, que as identidades não são homogêneas e bem determinadas socialmente, tanto como indivíduo ou grupo, mesmo porque, como também já se referiu, ressignificar os sujeitos importa ressignificar o sujeito homem, que sempre esteve numa posição privilegiada. E a questão identitária passa hoje necessariamente a perceber os demais em alteridade, na figura do outro, em que a constituição do sujeito é uma fixação parcial e contingente da identidade, ela própria atravessada por muitas posições de sujeito.

Zwako (2012), por sua vez, nega para afirmar a necessidade do feminismo *queer* como manifestação política, e ao escrever sobre as contribuições de Chantal Mouffe sobre o tema, explica que

Desconstruir as identidades significa duas coisas: por um lado, o sujeito não pode ser pensado em termos de uma unidade identitária auto evidente para si (o *agente da ação* ou o *motor da história*, por exemplo). A constituição do sujeito, nessa grade, não é apreendida em relação a uma razão e sequer em um ideal moral apresentados como transcendentos. Esse passo é importante para, no contraponto a modelos racionalistas, entender que a constituição do sujeito – quer individual ou coletivo – não é senão uma fixação parcial e contingente da identidade, ela própria atravessada por uma variedade irreduzível de posições de sujeito. Por outro lado, se as identidades (seja *nós* ou *elas*) são forçadas de forma contingente, elas não apenas não contêm em si mesmas uma essência (anterior, primeira, real ou única), supostamente derivada de uma formação discursiva determinante, mas também sua condição de existência é a própria diferença, que lhe empresta seus limites espaciais, corporais, políticos, estabelecendo um *entre nós* e *elas*. (...) Se os sujeitos são interpelados por vários marcadores de diferença (...) e se sua identidade não é senão uma forma contingente de fixação hegemônica, não há (...) uma estrutura social anterior aos indivíduos que lhes forneça um leque de *interesses objetivos*, eles próprios produto direto e manifesto da posição *objetivamente* ocupada naquela estrutura. (SZWAKO, 2012, l. 2726-2740) [*grifos do autor*]

O autor continua, desenvolvendo que, tal qual Butler, Mouffe se questiona se o feminismo precisa de um sujeito unificado e coerente nessa dinâmica de exclusão e subordinação que se discute nesse texto, cuja resposta é *não*, justamente porque as mulheres são produtos de múltiplas formações discursivas e internamente diferenciadas por eixos de identificações – classe, raça, religião, orientação sexual – bem como podem não ser feministas, logo, não havendo uma identidade feminina apta a produzir interesses nas mulheres, porque não obstante serem um grupo empiricamente definível, não conta com algo específico, inato e natural, senão uma identidade forjada e socialmente construída, portanto, contingente (SZWAKO, 2012, l. 2756). Importa que para negar tal construção é importante percebê-la como existente, fatores estes necessariamente passíveis de consideração pelo Direito sob pena de recair-se sobre a neutralização e naturalização que reforça a estrutura posta como masculina enquanto definidora da única possibilidade do real e factível.

Mesmo Mouffe, como Fraser e Nicholson manifestam que a aliança entre feminismo, pós-modernismo (nestes, em que o processo de desconstituição das metanarrativas e do sujeito não significa abandonar totalmente as categorias utilizadas pelo feminismo, como sexo/gênero, raça/etnia, classe, diversidade sexual...) e pós-estruturalismo (em que não se compreenderia *a priori* possível teorizar o feminismo com as categorias da modernidade) é sustentável, sendo possível desconstruir a categoria mulheres e manter seu uso enquanto categoria política (CAMPOS, 2017, p. 93).

Assim, ao ser considerada como um grupo, no caso específico das mulheres, importa também considerar que não se trata de algo coeso e generalizável como possa parecer no discurso feminista acadêmico pré pós-estruturalistas (ainda predominantemente branco e classe média), que por vezes ignora a realidade e a necessidade específica da transversalidade da questão de raça e classe, como já se discutiu, ao considerar com mais afinco estruturas públicas de incentivo a políticas enviesadas no mercado de trabalho, desde as relações do trabalho doméstico a estruturas de suporte – como creches, escolas e licença maternidade e paternidade equivalentes (características mais marcantes dos pleitos das feministas marxistas, vinculadas à causa de classe e relativas à mulher proletária no mercado de trabalho). A individualidade somente poderá ser manifesta em sua excelência e integralidade quando os lugares comuns de definição de grupo já não mais serem relacionado a uma identidade de exceção, como construído socialmente, assim colocando a mulher como protagonista de si sem necessidade de subsistência em ser dependente do homem¹⁴.

¹⁴ É possível visualizar essa dependência do homem identitária do feminino nos roteiros de cinema das chamadas “comédias românticas”, que passam a, a partir dos anos 1980 com o advento das pautas feministas e com a libertação desse público, desenvolver personagens femininas “diferentes”, fortes, com uma felicidade e amor a vida contagiante, mas que existem tão somente para encontrar o amor da vida delas ou para fazer o homem – este na condição de protagonista – feliz. Elas são esvaziadas de desejo de si ou não se bastam senão se consideradas no outro (chamadas de princesa urbana por Cecília Lima) ou, se declaradamente não buscam romance em suas vidas, se dedicando a carreira (chamadas de emocionalmente desprendidas por Lima) vem a ser no transcurso narrativo provadas como equivocadas. *“As protagonistas da comédia romântica servem de espelho para um público feminino, como um produto possível dentro de uma rede de disputas discursivas. É notável a incorporação e reprodução de enunciados que associam a mulher ao lar e à família, situando estes como os espaços verdadeiramente femininos.*

4 Considerações finais

É necessário que haja um Direito pensado a partir dos grupos de diversidade de gênero e o que couber nessa definição por aspecto político, e que coabita a princípio com o Direito ortodoxo e com as múltiplas denominações que podem alcançar os debates, pela diversidade de pleito e diversidade de pautas e demandas, mas que o modifica substancialmente ao fomentar igualdade material, e, portanto, demandar mudanças em sua estrutura, com o fim de deixar de ser por e através de uma misoginia instrumental, ciente de que se redefinir os sujeitos implica em redefinir enquanto sujeito homem em categorias políticas, posto que a masculinidade tóxica da ordem do discurso atinge a todos os grupos que não se equivalem ao padrão de “normalidade” estabelecido como ordem discursiva do ser.

Para tanto, as regras do jogo já estão postas e reconhecidas, só nos é preciso ocupar esses espaços políticos cientes de que há o político na atuação pautada nesse sentido e em representatividade, negando-se o falso neutro incorporado como único normalizado.

Quando se busca e pleiteia por um Direito atento a questão de gênero e seus aspectos de reconhecimento de direitos fundamentais é pela necessária “contaminação” da pauta jurídica com uma realidade a partir dessa via e sua pluralidade nas questões de gênero, de modo multidisciplinar a compreender a sofisticação da pluralidade social, em que seja incorporada a sua condição como igualdade material, a fim de reconhecimento de que seus corpos – que são demarcadores de sua condição de gênero criada para dominação e controle – não estão submetidos ao con-

Nesse sentido, a comédia romântica é a própria expressão daquilo que nos acostumamos a chamar de feminino durante a Modernidade. Mas este gênero filmico faz um pouco mais do que isso, no que diz respeito à construção de uma identidade, ou de um reflexo, feminino. O amor se mostrou a bússola que norteia toda a narrativa da comédia romântica (...). O happy ending amoroso sugere que apenas a mulher que compreende o valor do romance pode conhecer e experimentar a verdadeira felicidade. (...) A mulher pode ter ambições fora do espaço familiar, contanto que elas não sejam excessivas a ponto de deslocar completamente seus interesses supostamente essenciais.” (LIMA, 2010, l. 2707-2721).

trole que priva desde sua autonomia e classificação de beleza a seu exercício de cidadania.

5 Referências

- BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**. v.1. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.
- BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**.v. 2. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.
- BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e política**.São Paulo: Boitempo, 2014.
- BOURDIEU, Pierre. **A Distinção: Crítica Social do Julgamento**. São Paulo: Edusp; Porto Alegre: Zoak. 2007.
- BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016.
- CAMBI, Eduardo; DENORA, Emmanuella Magro. *Tutela Diferenciada Dos Direitos Das Mulheres Nas Relações Domésticas e Familiares Através Da Lei Maria Da Penha*. **Revista de Direito Brasileira**, [S.l.], v. 17, n. 7, p. 221-244, sep. 2017. ISSN 2358-1352. Disponível em: < <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/484> >. Acesso em 05 nov. 2017. doi:10.5585/484.
- CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia Feminista: Teoria Feminista e Crítica às Criminologias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- DAHL, Tove Stang. **O Direito das Mulheres: Uma introdução à teoria do direito feminista**. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1993.
- DENORA, Emmanuella Magro; ALVES, Fernando de Brito. **Exclusão Social e Democratização do Processo Penal: Política de Redução de Danos Pela Filtragem Constitucional em Direitos Fundamentais**. Direito Penal, Processo Penal e Constituição I. CONPEDI, 2017. Disponível em < <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/rojoxn13/9t8274u3/Cnz1IOS3a50Cp8Xo.pdf> > Acesso em 05 nov. 2017.

DENORA, Emmanuella Magro; ALVES, Fernando de Brito. **Legalização do Aborto: Medida Democrática e Inclusiva de Direitos das Mulheres.** Gênero, sexualidades e direito III. Conpedi, 2016. Disponível em < <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/01018151/7wjg31815CC77L98.pdf> > Acesso em 13 ago.2017.

DINIZ, Debora. *A Condição Feminina no País dos Brucutus*. Palestra proferida no Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC). **UniCEUB**: Brasília, 2016. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=tTeawUREiZg> >. Acesso em 10 jan. 2018.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 6o. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

LIMA, Cecília Almeida Rodrigues. **Da Bond Girl à Comédia Romântica: Identidades Femininas no Cinema de Hollywood**, Recife: O Autor, 2010. E-Book Kindle.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista: Novos Paradigmas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUSA, Rita Mota. **Introdução às Teorias Feministas do Direito**. Porto: Edições Afrontamento, 2015.

SZWAKO, José. *As Contribuições de Chantal Mouffe e Iris Young Para a Pluralização da Democracia*. In: BIROLI, Flávia; & MIGUEL, Luis Felipe (orgs.). **Teoria Política e Feminismo: abordagens brasileiras**. E-book Kindle (4946 *locations*).Vinhedo: Editora Horizonte, 2012.

TIBURI, Marcia. **Feminismo em Comum: Para todas, todes e todos**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

6 FONTES JORNALÍSTICAS

BRASIL. **Defensora Pública que sofreu incidente machista**, Disponível em < <http://emporiiododireito.com.br/ainda-sobre-o-machismo-por-fernanda-mambrini-rudolfo/> >. Acesso em 17 set. 2017.

BRASIL. **Professor de Direito da PUC/RS**, Disponível em < <http://anaeufrazio.blogspot.com.br/2015/04/machismo-na-faculdade-de-direito-professor-apologia-estupro.html> >. Acesso em 17 set. 2017.

BRASIL. **Professor de Direito da Universidade Federal de Rondônia**, Disponível em <
<http://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2016/10/professor-universitario-diz-em-aula-que-palestrante-da-unb-e-vagabunda.html> >. Acesso em 17 set. 2017.

DONAGGIO et al, Angela; Catarina Barbieri, Eloísa Machado, Luciana Ramos, Marta Machado. **Machismo na Academia**. Disponível em <
<http://agoraquesaoelas.blogfolha.uol.com.br/2017/06/05/machismo-na-academia/> >. Acesso em 17 set.2017.

LINS, Liana Cirne. (Entrevista) **Excluir Mulheres Juristas de Evento é realidade que se Repete no Meio Jurídico**. Disponível em <
<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/01/06/excluir-mulheres-juristas-de-eventos-e-realidade-que-se-repete-no-meio-juridico-afirma-professora/> >. Acesso em 17 set. 2017.

Diversidade de gênero, Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Lei Maria da Penha: novas perspectivas para a efetivação de direitos fundamentais no Brasil

*Henrique Rabello de Carvalho*¹

1. Introdução

A Declaração Universal dos Direitos Humanos marcou em definitivo a urgência de reconhecimento dos direitos humanos em razão das bárbaries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, que culminaram com o Holocausto. Tornou-se necessário a positivação dos direitos humanos por meio de um instrumento com abrangência intercontinental por meio de uma organização internacional que congregasse o maior número de Estados possíveis no planeta.

Hannah Arendt (2009) desenvolve algumas reflexões acerca dos direitos humanos apontando a abstração em que estes direitos se encontram, na medida em que é impossível atingir este sujeito concreto a quem são destinados os direitos humanos em caráter universal. Ainda que se compreenda, no entanto, que por um lado os direitos humanos são um modelo da ordem do ideal, por outro observa-se a possibilidade de existência de uma pluralidade de modelos possíveis baseadas

¹ Advogado e Professor (Universidade Federal do Rio de Janeiro e Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro). Vice- Presidente da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da Ordem dos Advogados do Brasil - Rio de Janeiro. Membro do Subgrupo de Direitos Humanos - Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

sobretudo no reconhecimento da diferença e em novas lutas contemporâneas em busca da afirmação e concretização dos direitos humanos.

O caráter universal dos direitos humanos também é questionado por Boaventura de Sousa Santos (2009) que reflete como os Direitos Humanos podem ser colocados a serviço de uma política progressista e emancipatória. Boaventura entende que o discurso sobre a globalização reflete a história dos vencedores. A definição de globalização, para Santos, se constitui no processo em que a influência de determinada entidade local ou condição estende a sua influência a todo o planeta e assim, tem a prerrogativa de designar como local outra condição social, por exemplo. O que se denomina como globalização deve ser entendido, sob a sua perspectiva, como a globalização bem sucedida de determinada região ou, como ele denomina, "localismo" (SANTOS, 2009).

Nesse sentido, Herrera Flores (2010) aponta a necessidade de "reinventar os direitos humanos" a partir do desenvolvimento de um pensamento crítico a respeito destes direitos. O pensamento desenvolvido por Herrera Flores em sua teoria crítica permite identificar elementos e suposições nem sempre evidentes na doutrina hegemônica dos direitos humanos que afetam o seu potencial emancipatório no processo de luta e efetivação da dignidade humana. Para ele, os direitos humanos devem ser entendidos como processos sociais, econômicos, políticos e culturais que sejam responsáveis pela criação de uma nova ordem, tornando-se portanto matriz para formar novas práticas sociais, novas subjetividades antagonistas, revolucionárias e subversivas de uma ordem mundial injusta.

A proliferação de cortes e tribunais internacionais bem como a expansão das suas jurisdições repercutem na configuração do direito internacional dos direitos humanos na contemporaneidade, em particular no âmbito interno dos países. Conforme pretendemos demonstrar, o reconhecimento de violações de direitos humanos, a partir do sistema internacional, têm influenciado o direito interno e, no caso específico, a

possibilidade de ampliação do conceito de gênero assim como do reconhecimento da identidade de gênero em benefício das mulheres transexuais e travestis.

2. Gênero e reconhecimento a partir das propostas de Judith Butler e Nancy Fraser

Uma importante contribuição sobre questões que envolvem justiça e reconhecimento é desenvolvida por Nancy Fraser. De acordo com Fraser (2007), é necessário o desenvolvimento de uma teoria crítica do reconhecimento para identificar e defender a política da diferença. Para Fraser, no seio dos movimentos sociais para reconhecimento dos direitos de minorias, o “reconhecimento da diferença” surge como o principal elemento contra a dominação cultural do século XXI. Nesse panorama, Fraser considera duas formas na tentativa de compreender a injustiça: a primeira forma seria a injustiça econômica com raízes na estrutura política e econômica da sociedade; e a segunda, a injustiça cultural ou simbólica, com origem nos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação.

Para Fraser, a solução para a injustiça econômica estaria na reestruturação político-econômica, por meio da criação de mecanismos igualitários e universalistas, em que se destacam a redistribuição de renda, por exemplo. Fraser se refere a essas soluções com o conceito de “redistribuição”. Já a solução para a injustiça cultural estaria no estabelecimento de uma mudança cultural ou simbólica, por meio do reconhecimento e da valorização da diversidade cultural – a essas soluções, ela denomina de “reconhecimento”. Como afirma Fraser:

concepção de sexualidade menosprezada é um modo de diferenciação social cujas raízes não estão na economia, já que homossexuais distribuem-se ao longo de toda estrutura de classes da sociedade capitalista, não ocupando uma divisão particular na divisão do trabalho, e também, não constitui uma classe explorada. Seu modo de coletividade é de uma sexualidade menosprezada, arraigada na estrutura cultural valorativa da sociedade. Nessa

perspectiva, a injustiça sofrida é basicamente uma questão de reconhecimento. Gays e lésbicas sofrem de heterossexismo: a construção autoritária de normas que privilegiam heterossexuais. Ao lado disso está a homofobia, desvalorização cultural da homossexualidade [...]todas negações fundamentais do reconhecimento” (FRASER, 2001, p.57-58).

Fraser compreende portanto que redistribuição e reconhecimento são conceitos essenciais para a análise dos paradigmas de injustiça socioeconômica, cultural ou simbólica. Enquanto que para a reparação da injustiça econômica seria necessário a redistribuição de bens materiais, apontando para esquemas igualitários e universalistas, a injustiça cultural ou simbólica exigiria o reconhecimento de grupos estigmatizados/marginalizados/minoritários numa estrutura diferenciadora. Para Nancy Fraser a justiça exige reconhecimento de identidades:

la lucha por el reconocimiento se está convirtiendo rápidamente en la forma paradigmática de conflicto político en los últimos años del siglo veinte. Las exigencias de ‘reconocimiento de la diferencia’ alimentan las luchas de grupos que se movilizan bajo las banderas de la nacionalidad, la etnia, la ‘raza’, el género y la sexualidad. En estos conflictos ‘postsocialistas’, la identidad de grupo sustituye a los intereses de clase como mecanismo principal de movilización política. La dominación cultural reemplaza a la explotación como injusticia fundamental. Y el reconocimiento cultural desplaza a la redistribución socioeconómica como remedio a la injusticia y objetivo de la lucha política. (FRASER, 1997, p.17)

Via de regra, sociedades orientadas por uma matriz judaico-cristã ocidental, o reconhecimento de determinadas identidades, dentre as quais se destaca a identidade de gênero de mulheres transexuais e travestis é realizada a partir de uma inteligibilidade que se fundamenta em um dualismo de gênero essencialista e biologizante que restringe portanto o reconhecimento de identidades diversas do padrão hegemônico heteronormativo. A inteligibilidade dos corpos é atravessada, portanto, pelos conceitos de gênero que, conforme as normas de gênero, definem quais corpos são autorizados ou não, quais corpos são inteligíveis e quais corpos são abjetos, constituindo-se humanidades diferenciadas. Esses

corpos abjetos, *queer*, que desafiam as normas de gênero inserem-se numa disputa de poder. Os corpos autorizados, conformados, docilizados serão dotados de “gêneros inteligíveis que são aqueles que, em certo sentido, instituem e mantêm relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo” (BUTLER, 2003 p.38).

Butler (2003) entende que gênero corresponde a atos que são estabelecidos pelo discurso, fundamentados em uma matriz heterossexual e que depende de reiteração constante. Assim, gênero e sexo podem ser entendidos como resultante da lei e do discurso que se inserem em relações de poder. As categorias, se podemos assim denominar, de gênero e sexualidade são construídas por meio de atos performativos, como atos de linguagem que não podem ser descritos e que inserem os indivíduos nos discursos de saber-poder.

La construcción no sólo se realiza en el tiempo, sino que es en sí misma un proceso temporal que opera a través de la reiteración de normas: en el curso de esta reiteración el sexo se produce y a la vez se desestabiliza."Como um efecto sedimentado de una práctica reiterativa o ritual, el sexo adquiere su efecto naturalizado y, sin embargo, en virtud de esta misma reiteración se abren brechas y fisuras que representan inestabilidades constitutivas de tales construcciones, como aquello que escapa a la norma o que la rebasa, como aquello que no puede definirse ni fijarse completamente mediante la labor repetitiva de esa norma.(BUTLER, 2002 p.29).

Para Butler (2003), contrapõe-se ao essencialismo biológico o caráter político e social dos discursos que incidem sobre os sexos. Dessa forma, corpo e gênero são atravessados, interpretados e influenciados pela cultura, da mesma forma. A noção de performance proposta por Butler é elemento importante neste debate na medida em que ela considera que o gênero não é determinado essencialmente pelo sexo, mas sim em relação às práticas culturais e às pessoas.

Judith Butler problematiza gênero em sua ontologia. Para isso, ela potencializa a crítica do feminismo dentro do próprio feminismo, em que os conceitos de “mulher”, “homem” e “gênero” são discutidos, momento

em que gênero é discutido em suas bases e princípios, sobretudo no que vem sendo articulado até o presente. A questão da “performatividade” apresentada por Butler leva à reflexão de que as palavras direcionam ações e atuações (BUTLER, 2003).

As palavras e os discursos, portanto, têm força e se relacionam ao poder. Butler questiona o poder quando este se confunde e se mimetiza com a verdade. Assim, o centro da discussão que Butler propõe é que o feminismo ainda se estrutura no binarismo de gênero, que considera que “homem” e “mulher” são verdades no campo da sexualidade. O efeito dessa reflexão é que tanto o feminismo quanto os estudos de gênero que se estruturam sobre essas premissas acabam por reproduzir o próprio alvo de sua crítica (BUTLER, 2003).

A ordem compulsória heterossexual estrutura-se e reitera-se a partir da performance, ou seja da repetição de elementos culturais como símbolos, gestos, atos, comportamentos que correspondem ou ao masculino ou ao feminino e que reiteram estes corpos conformados nestas duas categorias binárias homem/mulher. Gênero constitui-se, nessa perspectiva, como um ato performativo responsável pela produção de significados na sociedade (BUTLER, 2003).

O feminismo que é proposto por Butler propõe a desconstrução das identidades de gênero opressoras de características humanas que não se adequam no panorama do binarismo de gênero mulher/homem e que foge a uma inteligibilidade aceita e reconhecida. Esta adequação a este binarismo será a crítica de Butler ao passo que, por outro lado, observa-se que vários movimentos e correntes filosóficas tem se construído no sentido de suprimir e eliminar estas características e singularidades humanas, no panorama do binarismo de gênero (BUTLER, 2003).

3. O direito internacional dos direitos humanos e a discriminação contra a mulher

A Declaração de 1948 cria as bases para o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos em que, ainda em um contexto de

universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos percebe-se a tematização de tratados específicos. Assim, em âmbito regional e universal são aprovados instrumentos de proteção destinados a grupos societários em razão da sua condição social como deficientes físicos, populações étnico-raciais e mulheres.

No que concerne à eliminação da discriminação contra a mulher, a Organização das Nações Unidas e a Organização dos Estados Americanos aprovaram instrumentos com o objetivo de combater a discriminação e diminuir os entraves para a igualdade dos gêneros. A Assembléia Geral da ONU, por meio da Resolução 3010 (XXVII), proclamou 1975 como o Ano Internacional da Mulher e o período que compreende 1976-1985 como a Década da Mulher. A partir desse momento, cria-se um ambiente favorável e institucional para a realização da I Conferência Mundial sobre a Mulher, em que se discutiu temas específicos concernentes às mulheres. Esses eventos estimularam o desenvolvimento e aprovação pela ONU da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. (PIOVESAN, 2008).

Em 1979 é aprovada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), no âmbito da ONU, que define os elementos que integram a discriminação contra a mulher e estabelece os deveres para os Estados-parte no combate e prevenção a esta categoria específica de discriminação. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 4.377, de 22 de setembro de 2002 que revogou o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984, em que constavam algumas reservas a dispositivos específicos da CEDAW. Inegavelmente a CEDAW representa um marco na proteção internacional dos direitos das mulheres pois possui se destaca à luz do direito internacional dos direitos humanos na medida em que é o tratado de direitos específicos das mulheres, como políticos, civis, econômicos, sociais, culturais, entre outros, ao que cabe uma ressalva importante: a

convenção não cuida da violência contra a mulher. No artigo 1º da CEDAW fica estabelecido que:

Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição **baseada no sexo** e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (grifo nosso).

Nessa perspectiva, o Comitê CEDAW elaborou a Recomendação Geral nº 19, de janeiro de 1992 que considera o ato de violência, cometido tanto na esfera pública quanto na privada, uma forma específica de discriminação contra a mulher, que encontra previsão no artigo 1º da Convenção tratada (TRINDADE, 2003). Note-se que em 2003, durante o governo de Luís Inácio Lula da Silva o Brasil envia os relatórios de monitoramento da Convenção ao Comitê CEDAW, transcorridos exatos dezoito anos da ratificação da Convenção (1984), o que demonstra a negligência institucional de governos anteriores com temas relacionados a direitos das mulheres e a retomada do compromisso do Brasil com o direito internacional dos direitos humanos.

A Organização dos Estados Americanos (OEA) promulga em 1993 a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, que pela primeira vez inclui e define o termo “violência contra a mulher”. Em 6 de junho de 1994 a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos adota a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher que foi aprovada mediante o Decreto Legislativo n. 107, de 1º de setembro de 1995, ratificada pelo Estado brasileiro em 27 de novembro de 1995 e promulgada pelo decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. A Convenção de Belém do Pará como ficou conhecida representa um marco legal internacional na proteção das mulheres pois representa o primeiro instrumento internacional a incluir o termo “violência contra a mulher”. A Convenção de Belém do Pará define a expressão “violência

contra a mulher” no seu art.1º como “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública, como na privada” (grifo nosso).

De forma mais pontual, a Convenção dispõe que os Estados devem “adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade”, de forma mais específica que a CEDAW e que veio a influenciar os mecanismos de proteção presentes na Lei Maria da Penha, no Brasil.

A Convenção de Belém do Pará possui importância especial para o Brasil em razão da própria peculiaridade da OEA como sistema regional, na medida em que é composta por poucos Estados-partes e volta-se mais especificamente à realidade latino-americana e suas características próprias. Não à toa, a exposição de motivos da Convenção consigna seu entendimento acerca das relações patriarcais na América Latina e as desigualdades que esse sistema promove quando expressa em seu preâmbulo que “Preocupados por que a violência contra a mulher constitui ofensa contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”. Nota-se, nessa perspectiva, que a Convenção de Belém do Pará relaciona diretamente a violência contra a mulher como uma violação de direitos humanos que me rece tratamento jurídico diferenciado em razão das suas especificidades.

4. Violência de gênero e políticas públicas: a Lei Maria da Penha

Em Violência de Gênero(1995) Heleieth I. B. Saffioti apresenta uma perspectiva interseccional decisiva para a compreensão da violência de gênero como fenômeno social, cuja origem pode ser encontrada na formação das famílias, como expressão do pensamento social. Homens e mulheres vivem sob o mesmo contexto cultural em que a cada um é atribuído um papel específico. Em uma perspectiva ocidental, o que nos

interessa de acordo com nosso recorte metodológico, é perceber que o homem se estrutura como o centro da cultura e da sociedade, e a mulher encontra-se em posição de subalternidade e desvantagem. Como percebe Saffioti “a ética do direito ostenta, como sói acontecer com a ética do dominador, a ambição da universalidade, mas é incapaz de atentar para a diferenciação de gênero gerada pela cultura falocêntrica” (SAFIOTTI, 1995, p.14), Para Almeida (2007):

A violência de gênero só se sustenta em um quadro de desigualdades de gênero. Estas integram o conjunto das desigualdades sociais estruturais, que se expressam no marco de produção e reprodução das relações fundamentais – as de classe, étnico-raciais, e de gênero. A estas relações podem-se agregar as geracionais visto que não correspondem tão-somente à localização de indivíduos em determinados grupos etários, mas também à localização do sujeito na história, na ambiência cultural de um dado período, na partilha ou na recusa dos seus valores dominantes, nas suas práticas de sociabilidade. (ALMEIDA, 2007, p.27)

A violência doméstica contra a mulher no Brasil esteve sob o amparo legal dos Juizados Especiais Criminais estabelecidos pela Lei 9.099/95 até 2006, categorizada como delito de baixo potencial ofensivo, cuja pena não ultrapassava 1 (um) ano. Assim, a perspectiva legal a respeito da violência doméstica contra a mulher ignorava as múltiplas possibilidades acerca das realidades no bojo das sociedade e de suas instituições. Como aponta Carmen Hein de Campos (2006):

Por outro lado, esse critério é problemático porque a violência doméstica, por se tratar de comportamento reiterado e cotidiano, carrega consigo grau de comprometimento emocional (medo paralisante, p. ex.) que impede as mulheres de romper a situação violenta e de evitar outros delitos simultaneamente cometidos (estupro, cárcere privado, entre outros). A noção de delito de menor potencial ofensivo ignora, portanto, a escalada da violência e seu verdadeiro potencial ofensivo. Inúmeros estudos têm demonstrado que a maioria dos homicídios cometidos contra as mulheres, os chamados crimes passionais, ocorrem imediatamente após a separação. Nesses casos, as histórias se repetem: inúmeras tentativas de separação,

seguidas de agressões e ameaças, culminam em homicídio. (CAMPOS, 2006, p.414)

A criação dos Juizados Especiais Criminais em 1995 ocorre a partir de uma perspectiva da criminologia crítica, cujos objetivos principais eram reduzir o número de processos apresentados ao Poder Judiciário e, no mesmo sentido, facilitar o acesso à justiça, conforme previsão da Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 98, inciso I. Para Gianpaolo Smanio

O Processo Penal Brasileiro inovou decisivamente buscando maior eficiência de suas instituições, fazendo com que os casos considerados de menor importância dentro das condutas criminosas pudessem ter rápida solução, atendendo à necessidade de rapidez da aplicação da lei penal, para que o autor do fato perceba a reprovação imediata de sua conduta. (SMANIO,1997, p.104).

Fica evidente portanto que os Juizados Especiais Criminais não foram criados levando em consideração as relações de gênero e as características específicas da violência doméstica contra a mulher, na medida em que classifica-se os crimes de violência doméstica como de baixo potencial ofensivo. Como apontam Maria Celeste Marques e Cristiane Brandão:

Em contrapartida, o mesmo movimento busca a descriminalização de condutas hoje tipificadas, tais como o aborto, revelando-nos uma crise de legitimidade e tensão permanente entre Estado mínimo e maximização do Sistema punitivo (descriminalizar X criminalizar). As contribuições do feminismo brasileiro são indiscutíveis, v.g., a criação, em 1984, das Delegacias de Mulheres, que trouxe à tona uma enorme gama de vitimação feminina, especialmente de cunho sexual, perpetrada nas relações de parentesco, de amizade ou profissionais. Violências até então consideradas questões privadas se tornaram problemas públicos e penais. Mas há perguntas que não querem calar: O que pode se esperar do sistema penal brasileiro? O castigo? A punição pela prática da violência? Até que ponto a existência de tipos penais neutraliza delitos? (MARQUES, BRANDÃO,2016, p.112-113).

Estabeleceu-se uma tensão entre a criminologia crítica e a criminologia com viés no pensamento feminista. É inegável que a Lei 9.099/95 trouxe enormes avanços para o ordenamento jurídico brasileiro, na esteira do que propõe a criminologia crítica que se fundamenta no minimalismo da intervenção penal por meio da descriminalização e despenalização de determinadas condutas que se operacionaliza por meio dos juizados. Como observa Campos:

Pode-se dizer, também, que não há contradição entre o pensamento feminista e a visão minimalista. O movimento feminista parece ter compreendido os limites do sistema penal, uma vez que vem, gradativamente, abandonando a idéia da repressão penal para a violência doméstica. No entanto, a criminologia moderna parece ter dificuldades em recepcionar o paradigma de gênero, pois suas análises sobre os Juizados Especiais Criminais ignoram a assimetria nas relações sociais entre homens e mulheres quando essas constituem sua clientela majoritária (CAMPOS, 2003, p.168).

Cabe no entanto uma ressalva que se torna determinante para esta pesquisa. O sistema penal se fundamenta, como grande parte do ordenamento jurídico brasileiro, a partir de uma perspectiva androcêntrica, que ignora as diferenças nas relações sociais entre homens e mulheres. É portanto uma matriz heteronormativa e patriarcal que, em nome da preservação da família e da instituição do casamento, com o objetivo de preservar uma suposta “ordem social” e papéis pré atribuídos socialmente aos gêneros, em uma perspectiva binária, em que se concebe a violência doméstica como um crime de menor potencial ofensivo, invisibilizando mortes que são subnotificadas e ignorando as assimetrias de gênero presentes na sociedade. Observa-se, sem muito esforço, violação direta à Convenção de Belém do Pará a partir da perspectiva disposta na Lei 9.099/95, na medida em que esta Convenção considera que a violência contra a mulher é uma violação de direitos humanos e, dessa forma, um crime de grande potencial ofensivo.

Com o objetivo de provocar o Estado brasileiro e promover a criação de uma política pública específica voltada para o combate à violência

doméstica contra a mulher, o trabalho de advocacy feminista consolidou-se estrategicamente em duas frentes importantes, uma em âmbito nacional, em que foram atuantes diversas organizações feministas como CEPIA, CFEMEA, AGENDE, ADVOCACI, CLADEM/IPÊ e THEMIS, com a contribuição de diversas operadoras do direito reuniram-se para a elaboração de um anteprojeto de lei de enfrentamento da violência contra a mulher, cujo desempenho no processo legislativo culminou com a sanção presidencial da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha. Em poucas linhas, a lei 11.340/06, estabelece as bases de uma política de prevenção e atenção no enfrentamento da violência doméstica contra a mulher, afasta a aplicação da Lei 9.099/95 por meio do estabelecimento dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres, cuja competência se estende para as áreas cível e criminal; estabelece medidas protetivas de urgência para as vítimas de violência doméstica pontua a atuação das Delegacias de Atendimento à Mulher e o papel relevante da Defensoria Pública. (BARSTED,2011).

Outra frente desenvolveu-se em âmbito internacional, por meio da atuação das organizações não governamentais CEJIL e CLADEM junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) em que se apresentou denúncia com fundamento na omissão do Estado brasileiro no processo de apuração e julgamento do crime praticado contra Maria da Penha Fernandes por seu ex-marido (BARSTED,2011).

O caso *Maria da Penha vs. Brasil*, que tramitou na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, envolve a professora Maria da Penha Maia Fernandes que sofreu uma série de agressões por parte do seu marido que em 1983 tentou matá-la duas vezes. Até a apresentação do caso ante à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), passados 15 anos da agressão, ainda não havia uma decisão final de condenação pelos tribunais nacionais, e o agressor ainda se encontrava em liberdade. Diante deste fato, as peticionárias denunciaram a tolerância da violência doméstica contra Maria da

Penha por parte do Estado brasileiro, pelo fato de não ter adotado, por mais de quinze anos, medidas efetivas necessárias para processar e punir o agressor, apesar das denúncias da vítima.

No ano de 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu Informe n.º 54 de 2001, responsabilizou o Estado brasileiro por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres, recomendando, entre outras medidas: A finalização do processamento penal do responsável da agressão e iniciativas para proceder a uma investigação a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados no processo, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes. Sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, a reparação simbólica e material pelas violações sofridas por Maria da Penha por parte do Estado brasileiro foram consideradas em virtude da falha do Estado em oferecer um recurso rápido e efetivo, ao mesmo tempo em que foram implementadas a adoção de políticas públicas voltadas à prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher.

Denunciou-se a violação dos artigos 1 (1) (Obrigação de respeitar os direitos); 8 (Garantias judiciais); 24 (Igualdade perante a lei) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana, dos artigos II e XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem bem como dos artigos 3, 4, a, b, c, d, e, f, g, 5 e 7 da Convenção de Belém do Pará. Uma vez que no caso Maria da Penha não haviam sido esgotados os recursos da jurisdição interna (o caso ainda estava sem uma decisão final), condição imposta pelo artigo 46 (1) (a) da Convenção Americana para a admissibilidade de uma petição, utilizou-se a exceção prevista pelo inciso (2) (c) do mesmo artigo, que exclui esta condição nos casos em que houver atraso injustificado na decisão dos recursos internos, exatamente o que havia acontecido no caso Maria da Penha.

Em 7 de agosto de 2006, foi sancionada pelo então presidente do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), na

qual há aumento no rigor das punições às agressões contra a mulher, quando ocorridas no ambiente doméstico ou familiar. Esta Lei reconhece a gravidade dos casos de violência doméstica e retira dos juizados especiais criminais (que julgam crimes de menor potencial ofensivo) a competência para julgá-los.

A Lei Maria da Penha inova ao perceber a violência doméstica contra a mulher de forma multidisciplinar e interseccional. Assim, como observa Maria Berenice Dias, introduz alterações de caráter repressivo no Código de Processo Penal e na Lei de Execuções Penais assim como a instalação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar e, na ausência destes, a competência será das varas criminais, não mais dos juizados especiais criminais. Antes da promulgação da Lei Maria da Penha a pena máxima prevista era de até 1(um) ano, o que foi alterado pela nova legislação para até 3 (três) anos, e, com relação à pena mínima, de 6 (seis) meses, esta foi diminuída para 3 (três) meses (DIAS, 2010).

A Lei Maria da Penha também define o estabelecimento de programas e serviços de proteção e de assistência social paramulheres em situação de violência, e, em particular, tipifica a violência doméstica contra a mulher (art. 5º), e seus modos de expressão (art. 7º), e inova ao utilizar as expressões “mulher” e “gênero”, estabelecendo que a lei é aplicável independentemente da orientação sexual da mulher em situação de violência:

Art. 2º - Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, **orientação sexual**, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.(grifo nosso)
(...)

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: (grifo nosso).

Ao incluir a violência “baseada no gênero”, a Lei Maria da Penha amplia o número de mulheres que poderão ser beneficiárias da lei como um todo. Assim, enquanto a CEDAW conceitua a discriminação contra a mulher como “qualquer exclusão, distinção ou restrição feita com base em **sexo**, a qual tem o efeito ou o finalidade de prejudicar ou anular o reconhecimento”(grifo nosso) a Convenção de Belém do Pará estabelece que entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no **gênero**, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Assim, a CEDAW baseia-se em uma perspectiva mais biologizante acerca do conceito de “mulher”, definindo-a em razão do sexo; a Convenção de Belém do Pará oferece uma perspectiva mais democrática e inclusiva, ao definir violência contra a mulher como qualquer conduta que se baseie em seu gênero, que não se vincula necessariamente aos aspectos fisiológicos mas sobretudo a questões culturais e sociais, e não apenas em suas características estritamente biológicas. Tais perspectivas terão um impacto relevante na aplicação da lei aos casos concretos e fundamentação das decisões, conforme se verá mais adiante.

5. Lei Maria da Penha e mulheres travestis e transexuais

Em recente decisão judicial no Rio de Janeiro, publicada em 2017, a Lei Maria da Penha foi aplicada especificamente a uma mulher transexual. Muito embora a decisão tenha sido amplamente veiculada, para os fins deste artigo foi estabelecido nome fantasia mantendo apenas o nome do juiz, por questões éticas e por entender que as partes não consentiram na publicização de seus nomes.

Este caso reflete em grande medida a realidade vivenciada por grande parte das mulheres transexuais e travestis no Brasil na medida em que 1) pertencem a famílias conservadoras que não reconhecem a sua identidade de gênero; 2) são expulsas de casa ou fogem em virtude da violência física e simbólica que sofrem diariamente.

Nesse cenário, conforme teor da decisão, a mãe de Laura, ao não aceitar a identidade de gênero da filha transexual, afirmava que a sua transexualidade era uma doença mental adquirida em virtude de más influências. Por sofrer discriminação por parte de sua mãe, Laura decide se mudar do Rio de Janeiro para Minas Gerais, junto com a sua companheira também transexual.

Laura e sua companheira voltam a morar no Rio de Janeiro em imóvel próximo ao de sua mãe, após breve reconciliação, e toda a intolerância da mãe de Laura relacionada à orientação sexual e à identidade de gênero da filha transexual recomeça de forma violenta, culminando com a contratação de uma ambulância e retirada de Laura de seu imóvel, com uso de força física e equipe de enfermagem. Laura tem as roupas arrancadas em via pública e em frente à vizinhança, é internada à força em uma clínica e tem seus cabelos raspados.

Nesse cenário de violação evidente aos direitos humanos em função da identidade de gênero, interessa-nos entender como a decisão judicial, proferida pelo Juiz André Luiz Nicolitt, possibilita a garantia de direitos específicos a mulheres transexuais e travestis, a partir da aplicação da lei Maria da Penha e das perspectivas e interpretações sobre gênero contidas em sua decisão. Ao analisar toda a situação vivida por Laura o juiz associa este caso à cultura machista e patriarcal característica da sociedade brasileira, e entende que a raspagem dos cabelos de Laura constitui violação ao princípio da dignidade da pessoa humana presente na Constituição Brasileira. Para o juiz, “(...) no caso, em um contexto de opressão de gênero e desrespeito à diversidade sexual, afronta também o respeito à identidade que também compõe a dignidade”. Conforme se depreende da decisão, o juiz não vincula o reconhecimento da identidade de gênero de Laura à realização de cirurgia de redesignação sexual ou a aspectos binários e biologizantes, mas a partir de uma perspectiva democrática de gênero

Com efeito, apesar de não ter sido submetida ainda à cirurgia de transgenitalização, a vítima se considera mulher. As novas estéticas e temáticas ligadas à

diversidade e à liberdade sexual não têm sido resolvidas pelo direito, até mesmo porque exigem uma análise interdisciplinar, o que é de certo modo uma novidade no mundo jurídico, que sempre ostentou uma certa pretensão de completude. Dessa forma, torna-se necessária alguma reflexão sobre tais aspectos.

Nesse sentido, ao reconhecer em sua decisão que o direito não encontra apenas nas leis as respostas para todas as questões sociais que se apresentam, e que é necessário o diálogo com outros campos de conhecimento, a função judicial fortalece a democracia ao permitir o reconhecimento de grupos sociais que, como no caso brasileiro e em muitos países latino-americanos não têm reconhecidos seus direitos fundamentais básicos como direito ao nome e reconhecimento de gênero em função de conservadorismo e preconceito por parte dos poderes legislativo e executivo. Ao justificar a aplicação da Lei Maria da Penha no caso em que estão envolvidas mãe e filha transexual (e não um homem agressor e uma mulher), o juiz fundamenta a sua decisão:

De nossa parte, a LMP cuidou da violência baseada no gênero e não vemos qualquer impossibilidade de que o sujeito ativo do crime possa ser uma mulher. Isso porque a cultura machista e patriarcal se estruturou de tal forma e com tamanho poder de dominação que suas ideias foram naturalizadas na sociedade, inclusive por mulheres. Sendo assim, não raro, mulheres assumem comportamentos machistas e os reproduzem, assumindo, não raro, o papel de opressor, sendo instrumentalizadas pelo dominador, como na escravidão existiu o negro que era “capitão do mato”, o que vem sendo tratado às vezes como Síndrome de Estocolmo.

Ao aplicar as medidas protetivas previstas pela Lei Maria da Penha (no caso determinando em que a mãe permanece distante da filha por pelo menos 500 metros), proibir qualquer forma de contato com a filha e determinar que os bens da filha e de sua companheira que estavam de posse da mãe sejam retirados pelo poder judiciário, o juiz compreende que o conceito de mulher e gênero previstos na lei são abrangentes, a partir de uma perspectiva democrática e com fundamento na dignidade

da pessoa humana e nos principais tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário.

6. Considerações finais

Observa-se que o sistema internacional de direitos humanos têm sido decisivo para a efetivação de direitos humanos relacionados a grupos sociais específicos quando estes direitos não são garantidos pelo Estado. O processo de internacionalização dos direitos humanos permite a real proteção de direitos fundamentais seja por tratados que contemplam estes direitos, seja por meio de decisões e recomendações aos Estados signatários no sentido de proteger e criar mecanismos específicos para a sua garantia. No Caso Maria da Penha vs. Brasil, que tramitou junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, também o Sistema Interamericano exerce um papel contramajoritário, e, como pôde ser verificado, em consonância com a perspectiva de reconhecimento e redistribuição apresentada por Nancy Fraser. A partir do posicionamento da Comissão e da Corte nos casos analisados neste trabalho, observa-se o desenvolvimento de políticas públicas e uma mudança na posição dos Estados acerca de temas como violência contra a mulher, e discriminação com relação à orientação sexual.

A decisão judicial analisada representa um marco de aplicação da lei a partir da sua perspectiva ampliada, em que se considera uma perspectiva democrática de gênero, em consonância com o espírito da Convenção de Belém do Pará e da Lei Maria da Penha, que protegem a mulher em situação de violência relacionada ao gênero. Não coube à legisladora/legislador restringir o alcance normativo e protetivo do conceito de gênero previsto em ambos os instrumentos e, dessa forma, não cabe ao intérprete reduzir seu alcance, o que se constituiria claramente em uma prática excludente e limitadora.

O projeto filosófico de Butler, ao se debruçar sobre a ontologia do conceito de gênero, procura desconstruir as classificações que se estabe-

leem pelo discurso o que permite que os corpos submissos possam existir e ser reconhecidos. Esses corpos insubmissos assim são classificados porque subvertem esta ordem discursiva, a heterossexualidade compulsória e apenas duas possibilidades de existência validadas socialmente em uma perspectiva binária. A partir da proposta de Butler verifica-se a necessidade de romper com a unicidade da ordem hegemônica heterossexual e observar os movimentos subversivos da norma, contra-hegemônicos e contrassexuais, para que se pense a respeito de gênero, sexo, sexualidades e poder sob outras perspectivas plurais e democráticas.

Dessa forma, poderá ser desenvolvida uma perspectiva interdisciplinar das instituições responsáveis por elaborar e interpretar a lei, o que produz impacto na sociedade em uma perspectiva mais democrática de gênero e real possibilidade de efetivação dos direitos humanos.

7. Referências

- ALMEIDA, Suely Souza de. **Essa violência mal-dita**. In: ALMEIDA, Suely Souza de (Org.). *Violência de gênero e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Ed. da UFRJ, 2007.
- ARENDT, H. **A Condição Humana**, Tradução: Roberto Rapozo, Ed. Forense Universitária, 10.ed., 2009.
- BASTERD, Leila Linhares. **Lei Maria da Penha: uma experiência bem sucedida de advocacy feminista**. In: *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista* / Carmen Campos (Org) – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BUTLER, J. **Problemas de Gênero – feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CAMPOS, Carmen Hein de. Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 11, n. 1, p. 155-170, Junho de 2003.
- DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. Ed. Revistas dos Tribunais, 2.ed., 2010.

FRASER, Nancy. **Reconhecimento Sem Ética**; trad. Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis. Lua Nova, São Paulo, 70: 101-138, 2007.

FRASER, Nancy. Da Redistribuição ao Reconhecimento? Dilemas da Justiça na Era PósSocialista. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Democracia Hoje**. Brasília: UNB, 2001. p.245-282.

FRASER, Nancy. **Iustitia Interrupta: reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”**. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.

HERRERA FLORES, J. **La reinvencción de los derechos humanos**. Ed. Atrapasueños. 2008.

MARQUES, Maria Celeste; AUGUSTO, Cristiane Brandão . **Um olhar jurídico a partir da residência multidisciplinar em atenção integral às mulheres, políticas de gêneros e direitos humanos** - Brasil. In: V Congresso Internacional de Estudos Culturais, 2016, Aveiro. Atas do V Congresso Internacional de Estudos Culturais. Coimbra: Grácio Editor, 2016. v. 1. p. 110-117.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **“Direitos Humanos: o desafio da interculturalidade”** in Revista Direitos Humanos. Junho 2009, Nº 02: 10-18.

SAFFIOTI, H.; ALMEIDA, S. S. **Violência de Gênero: Poder e Impotência**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Reivinter Ltda, 1995.

SMANIO, Gianpaolo Poggio Smanio. **Criminologia e Juizado Especial Criminal**. São Paulo: Atlas, 1997. p. 104.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, v. 3.

**Identidade, luta e dominação:
uma análise sócio-jurídica do discurso pautado em categorias
sexuais, à luz da teoria de Pierre Bourdieu e Michel Foucault**

*Thiago Augusto Galeão de Azevedo*¹

1. Introdução.

O presente estudo tem como seu objeto a luta baseada em identidades sexuais, em categorias sexuais. Objetiva-se investigar uma possível relação de uma lógica de poder e verdade com a fixação de categorias sexuais sobre os indivíduos, analisando-se, assim, uma provável insuficiência e contradição de discursos subversivos pautados em identidades sexuais. Assim, almeja-se responder a seguinte *pergunta-problema*: em que medida o discurso pautado em identidades sexuais reproduz uma lógica de poder e verdade, de dominação, tornando a citada luta insuficiente e contraditória? Para tanto, estruturou-se a presente pesquisa, principalmente, em três eixos.

Inicialmente, analisar-se-á os principais movimentos sexuais pátrios, destacando a lógica identitária em seu discurso e funcionamento. Buscar-se-á expor a importância do discurso identitário no âmbito da conquista de direitos para os indivíduos os quais são representados pelos citados movimentos, assim como para fins de visibilidade social. Questionando-se, por fim, uma possível insuficiência do citado discurso identitário.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UNB). Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS). Professor Universitário. Advogado.

Iniciando-se uma análise filosófica e sociológica, em um segundo momento, analisar-se-á uma possível relação da imposição e fixação de categorias sexuais com uma estrutura de poder, de dominação, a partir das teorias de Pierre Bourdieu e Michel Foucault. Desenvolver-se-á, para a realização da citada análise, principalmente os institutos da *dominação simbólica* e *dispositivo de sexualidade*.

Por fim, em um terceiro momento, analisar-se-á a construção de uma nova ordem sexual, marcada por um *dever sexual*. Esta como uma consequência das teorias de Michel Foucault, associada às concepções de Judith Butler e Pierre Bourdieu; em resposta à uma lógica pautada em identidades.

2 Movimentos sexuais no âmbito nacional: uma análise sobre a importância e a possível insuficiência da luta identitária

A presente seção, conforme anunciado na introdução do presente artigo, tem como objetivo realizar uma breve análise sobre os movimentos sexuais nacionais, protagonistas de uma luta contra uma lógica de preconceito e controle, destacando-se a importância dos mesmos, mas também frisando uma possível insuficiência intrínseca a estes, diante de sua pauta identitária.

No âmbito pátrio, os movimentos “homossexuais”, característica que não é exclusiva apenas dos movimentos ocorridos neste país, direcionaram-se para a construção de um coletivo de iguais. Entretanto, para a sustentação desta igualdade, foi necessária a supressão de singularidades, de particularidades que tornavam desiguais os, então, iguais. Explica-se. Os militantes dos movimentos “homossexuais” no Brasil, principalmente no momento de abertura política, propagavam a luta por um grupo, por um coletivo de indivíduos que se proclamavam como iguais, marcados por um elemento que os unisse e os tornasse iguais, como a “homossexualidade”, a fim de exercer uma transformação naquela sociedade e de lutar por uma libertação sexual (FACCHINI, 2002).

Edward Macrae (1985), em sua tese de doutorado intitulada de *O Militante homossexual no Brasil da “abertura”*, comenta que essa igualdade, estes elementos que possibilitavam uma igualdade, um liame de unidade aos indivíduos de um determinado grupo militante; tratava-se de uma aliança entre os seus membros, com fins políticos. A unidade, a coesão propagada pelos militantes de um determinado movimento funcionou como uma aliança para fins políticos.

Pronunciar-se como um movimento “homossexual”, um movimento que luta pela “libertação homossexual” é antes uma estratégia política. É a partir deste primeiro comentário que a presente análise, dos movimentos sexuais no âmbito pátrio, será desenvolvida, no sentido de analisar de forma breve os principais movimentos “homossexuais” brasileiros, identificando e analisando a função que o uso de identidades sexuais por tais movimentos teve no processo de aquisição de direitos por tais grupos.

No final da década de 70, o movimento “homossexual” surge no Brasil, a partir de um projeto com um viés politizado da “homossexualidade”, em oposição às anteriores alternativas propostas, como de associações, por exemplo, que mesmo reunindo homossexuais não eram politizadas, concentrando-se na “sociabilidade”, como o jornal *Snob*, no período de 1963 a 1969, e a Associação Brasileira de Imprensa Gay, no período de 1967 a 1968 (FACCHINI, 2002).

Trata-se de movimentos politizados de grupos que se auto intitulavam de “gays” e “lésbicas”, componentes da chamada *primeira onda do movimento “homossexual” brasileiro*. Movimentos que se desenvolveram apenas no final da década de 70, o que de acordo com James Naylor Green (2000), em sua obra *Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX*, possui relação com o governo militar da época, marcado pela censura e pela restrição dos direitos democráticos.

Entretanto, deve-se destacar que a ditadura militar, da qual o país era objeto na década de 70, trouxe aspectos positivos para o movimento “homossexual” brasileiro, como o incentivo à resistência nos inúmeros

setores sociais e mesmo no caráter antiautoritário da *primeira onda do movimento “homossexual”* do país (FACCHINI, 2002).

O primeiro grupo a ser destacado, pertencente à citada *primeira onda do movimento “homossexual” brasileiro*, é o grupo *Somos*. Trata-se do primeiro grupo reconhecido oficialmente como possuidor de uma proposta politizada da “homossexualidade”, em 1978, na cidade de São Paulo. Um grupo marcado pela criação de uma comunidade de iguais. Perpetrava-se um ideal homogeneizante, no sentido de que a heterogeneidade daquele grupo formado por indivíduos identificados como homossexuais era apagada em função da construção de uma ideia de “homossexual” útil politicamente.

Citando MacRae, Facchini comenta que as próprias reuniões do grupo possuíam um objetivo padronizador, no sentido de se criar uma identidade homossexual com fins políticos (2002, MacRae apud Facchini, p. 68):

[...] essas reuniões não serviam para resgatar uma fala ou cultura homossexual longamente reprimida [...] mais do que sendo **descoberta**, uma identidade homossexual estava sendo **construída** [...] aprendia-se a ser ‘homossexual’, ou melhor, ‘militante homossexual’ (grifo do autor).

O grupo militante em questão era formado apenas por indivíduos identificados como homossexuais, entretanto, construídos, unos, coesos, a fim de que tal grupo pudesse estar capacitado politicamente. As peculiaridades próprias dos ditos homossexuais daquele grupo eram apagadas, em prol de um objetivo maior, qual seja: a formação de uma identidade homossexual, legítima e indicada para os objetivos políticos do grupo, da “onda” inicial do movimento “homossexual” brasileiro, um movimento politizado.

Em 1980, o então grupo “Somos” sofre rachaduras, o que viabilizou a separação deste e a derivação de três novos grupos, o *Somos*, o *Grupo de Ação Homossexualista*, depois chamado de *Outra Coisa* e o *GALF, Grupo de Ação Lésbico-Feminista*.

Cabe destacar que um evento vem a desacelerar a atuação e, conseqüentemente, as conquistas do movimento “homossexual” brasileiro, qual seja: a AIDS. O aparecimento da AIDS como um elemento exercente de um poder desmobilizador das propostas propagadoras da liberação sexual. Ademais, o seu próprio aparecimento reconduziu uma série de indivíduos da luta pelo movimento “homossexual” para a luta contra a AIDS.

No período do referido declínio, MacRae (1985) destaca a atuação de dois grupos que ainda não possuíam expressividade na *primeira onda do movimento “homossexual”*, trata-se do Triângulo Rosa e do Grupo Gay da Bahia. O grupo Triângulo Rosa foi fundado por João Antônio Mascarenhas, em 1985, e Luiz Mott o fundador do Grupo Gay da Bahia. Com ambos, inaugura-se um novo tipo de militância, marcada por peculiaridades distintas das pertencentes aos grupos da *primeira onda do movimento “homossexual”*, principalmente em relação ao grupo *Somos* e aos pertencentes ao eixo Rio de Janeiro – São Paulo.

Trata-se de uma atuação mais pragmática, uma atuação mais voltada para a promoção de direitos civis e para a luta contra a discriminação e violência contra os indivíduos identificados como homossexuais. O Triângulo Rosa, assim como o GGB, preocupava-se com a sua oficialidade, no sentido de registro, legalização da sua existência. Tais grupos, assim, foram registrados, reconhecidos oficialmente e legalizados como agremiações destinadas à questão “homossexual”. Entre os efeitos da personalidade jurídica de tais grupos se pode destacar o direito de associação e, claramente, à concretização das ações diretas e pragmáticas propostas pelo grupo, no que concerne à promoção dos direitos civis “homossexuais” (FACCHINI, 2002).

Percebe-se, nitidamente, diferenças entre a atuação dos grupos da *primeira onda do movimento “homossexual”* e a dos próprios à *segunda onda*. A *primeira onda* foi a responsável pela consolidação de uma identidade homossexual, pela construção do ser um “homossexual militante”. Identidade esta naturalizada pela *segunda onda*, que não tinha mais co-

mo objeto o transformar social, e sim a luta por direitos, a garantia de direitos civis para os indivíduos identificados como homossexuais. Destaca-se, uma reivindicação de direitos pautada em identidades sexuais.

Entre as principais pautas do movimento “homossexual” estavam: a despatologização da “homossexualidade”, a luta por uma legislação que não fosse discriminatória, a legalização do casamento gay e a inclusão da educação sexual nos currículos das escolas. Em 1989, a partir do III Encontro Brasileiro de Homossexuais, uma nova preocupação surgia, a discriminação religiosa contra os homossexuais. Em 1990, decidiu-se pela distribuição gratuita de medicamentos antirretrovirais na rede pública de saúde, seguida do, até então, inédito pronunciamento do presidente em relação à epidemia da AIDS. Ainda com a AIDS em foco, em 1995, os encontros entre os grupos do movimento passam a ser financiados por programas estatais de combate à AIDS (FACCHINI, 2002).

Pode-se destacar, ainda, neste contexto de promoção de direitos relativos à AIDS, a constituição de um grupo de risco. Um grupo formado por indivíduos que seriam considerados mais propensos à doença, eram eles: indivíduos identificados como homossexuais, os profissionais do sexo e os usuários de droga (injetáveis).

A instituição de um grupo vulnerável foi alvo de críticas, no sentido de que se estaria diante de um instrumento discriminatório. Todavia, a formação do grupo daqueles que estavam em risco acabou por propiciar benefícios e direitos para aqueles indivíduos, no sentido de que apesar de se relacionar o HIV à “homossexualidade”, aos profissionais do sexo e aos usuários de droga injetáveis, taxando-os como propensos; estes grupos foram beneficiados, conquistaram direitos através da utilização destas categorias, dessas identidades, por meio, por exemplo, da aplicação de estratégias específicas para aqueles grupos, inclusive com o financiamento de grupos por agências internacionais, de cooperação internacional e por órgãos governamentais.

Percebe-se, a partir desta breve análise, uma importância atribuída às identidades sexuais. Discriminam-se grupos? Sim, filia-se à concepção

que entende a associação da “homossexualidade” à AIDS como uma discriminação; mas não se pode ser leviano ao ponto de não perceber que esse ato possui um reverso, outra face, qual seja: a conquista de direitos, o fortalecimento dos movimentos “homossexuais”, através de seus financiamentos (FACHINNI, 2002).

Apesar do viés discriminatório da associação da AIDS à “homossexualidade”, esta propiciou um debate social, uma ênfase à questão da sexualidade e da “homossexualidade”, ensejando, inclusive, a promoção de políticas públicas de saúde, políticas de prevenção e tratamento com a participação dos grupos do movimento “homossexual” e com os próprios ditos homossexuais.

Em oposição à face discriminatória, destaca-se outra perspectiva da associação do HIV à “homossexualidade”, uma perspectiva que concede visibilidade à questão da “homossexualidade” através de uma política identitária “homossexual” brasileira, o que permite, por via de consequência, a garantia de direitos a estes indivíduos, identificados, moldados a serem homossexuais.

Regina Facchini atribui a essa política identitária “homossexual” o nome de “sistema classificatório ‘segregacionista’” da sexualidade, em oposição a um sistema “assimilacionista”. Entretanto, deve-se ressaltar que a política identitária sexual não é a única concepção para se pensar a sexualidade no Brasil na década de 90, uma vez que a partir de uma preocupação com o acesso àquelas que são alvo de uma política preventiva e com a concretização de resultados em relação à mudança de hábitos que poderiam ser considerados de riscos, em relação à AIDS, criou-se categorias como a *HSH – Homens que fazem sexo com Homens*, priorizando-se a prática “homossexual”, independentemente de uma identidade “homossexual” construída, o que a autora chama de “categorias mais ‘flexíveis’”.

Agências estatais direcionadas para o combate à AIDS, utilizam-se da sigla HSH, a fim de atingir aqueles que não se identificam com base em suas práticas sexuais, incentivando, entretanto, que os mesmos se

enquadrem, assumam uma identidade sexual, possuidora de um potencial redutor da vulnerabilidade dos “homossexuais”, a partir de experiências em âmbito internacional, por meio da aplicação da chamada educação “por pares”, efetuadas pelos militantes do movimento “homossexual” (FACCHINI, 2002).

Essa tendência de incentivo ao ato de assumir uma identidade sexual, a partir da segunda metade da década de 90, pôde ser observada a partir do funcionamento dos grupos do movimento “homossexual”, que seguiram uma postura especificadora e multiplicadora das categorias que tutelam através de suas atividades, como observa a autora Regina Facchini: “[...] os eventos nacionais do movimento deixaram de se identificar como encontro de homossexuais e passaram a especificar primeiramente as lésbicas, o que levou também à utilização da categoria gays, e posteriormente as travestis.” (2002, p. 127).

Constrói-se um discurso que não se restringe ao caráter identitário, no sentido de que as concepções propagadas no grupo não constituiriam um “nós”, que possui como inimigo um “outro”, que seria os “heterossexuais”. O discurso era constituído sobre a noção de minorias sexuais, um conceito não restritivo, pelo contrário, abrangente, uma vez que “minorias sexuais” não se refere exclusivamente à categoria dos “homossexuais”. Trata-se, portanto, de um discurso integracionista.

Mas como conciliar esse discurso à prática cotidiana de um grupo militante? De fato, a prática do grupo se configurou de forma diversa da pregada pelo discurso, uma vez que a partir das discussões do grupo, sentiu-se a necessidade de especificar os indivíduos, de definir as categorias identitárias do público alvo, até mesmo por uma questão de financiamento de projetos do grupo, que necessitavam da delimitação identitária dos indivíduos a serem beneficiados.

Paulatinamente, percebeu-se, através da prática do grupo, que a transformação do quadro de carência no qual estavam inseridos tais indivíduos só seria passível de ser transformado caso estes se auto definissem, elegendo uma das categorias restritivas que o conceito de

“minorias sexuais” abarcava. Na segunda metade do ano de 1997, o termo “minorias sexuais” foi substituído nos discursos e documentos do grupo pelo termo GLBT (Gays, Lésbicas, Bissexuais e Travestis), com o objetivo de identificar o sujeito coletivo que é objeto de militância (FACCHINI, 2002).

O grupo CORSA ilustra uma tendência de identificação sexual, os indivíduos deveriam se assumir sexualmente para que seus direitos fossem conquistados. É necessário dizer, marcar quem se está tutelando, por quem se luta. Trata-se de uma lógica identitária, de uma aliança com fins políticos.

Conforme já exposto na presente seção, a *primeira onda dos movimentos “homossexuais”* brasileiros foi marcada por um viés homogeneizante, no sentido de que um grupo tinha seus integrantes moldados para se comportar de uma determinada maneira, para ser um determinado tipo de indivíduo, para serem “homossexuais”. O ser “homossexual” era ensinado nos grupos. Produziam-se modelos de identidade, para que estas pudessem alcançar um status político. O “homossexual” como um elemento útil politicamente.

A *segunda onda do movimento “homossexual”*, também já tratada na presente seção e aqui representada pelos grupos Triângulo Rosa e Grupo Gay da Bahia, acabaram por naturalizar tais identidades e a partir delas focar na conquista de direitos. As identidades sexuais foram transformadas em identidades políticas, elas eram necessárias para a luta política por direitos aos indivíduos integrantes dos grupos militantes.

Assim, identidade sexual estaria relacionada diretamente com identidade política, seria um instrumento político para se alcançar mais direitos, na verdade se alcançar direitos, para o “público alvo” do movimento. Neste ponto, em relação à força política das identidades sexuais, pode-se destacar o papel da AIDS, conforme já exposto. A associação da “homossexualidade” à AIDS, apesar do seu caráter discriminatório, teve seu viés positivo para o movimento “homossexual”. Tal associação concedeu visibilidade aos indivíduos identificados como homossexuais,

visibilidade esta considerada de suma importância, em uma sociedade na qual estes eram invisíveis.

Como citou Castells (1999), “gays” dispersos estariam condenados à invisibilidade, à inexistência. Entretanto, antes da concentração, há um ato, também já destacado nesta seção, o assumir-se. Inicialmente, deveria se assumir sexualmente, para que a identidade sexual decorrente deste ato pudesse ser utilizada a favor do indivíduo, no sentido político, de luta política por direitos a estes. Tratava-se do ato de tornar a identidade sexual, assumida pelo indivíduo, um instrumento útil politicamente. Tornar a identidade sexual uma identidade política.

Em 2005, ocorreu XII Encontro de Gays, Lésbicas e Transgêneros, realizado em Brasília. Apenas pelo título do evento se pode observar o atravessamento do mesmo pela referida tendência identitária, que marcou os movimentos e grupos militantes, e ainda marca. No encontro foi lançado o coletivo de transexuais e se incorporou ao movimento os bissexuais, adotando-se, por via de consequência, a sigla LGBT, na qual o T passou a representar travestis, transexuais e transgêneros. Percebe-se, portanto, a disseminação de uma política identitária referente ao dito grupo LGBT.

Em linhas finais, através da presente seção, pôde-se perceber que as identidades sexuais tiveram um papel importante na conquista de direitos para os então considerados grupos de indivíduos identificados como não heterossexuais. Tais categorias, identidades, tiveram um papel político, um papel conessor de visibilidade e de conquista de direitos. É notória, portanto, a importância do discurso identitário, todavia isso não blindava o mesmo de crítica, de questionamentos, os quais serão desenvolvidos na próxima seção.

Em que medida a utilização de categorias, identidades sexuais, pelos referidos movimentos poderia representar uma incorporação de um poder, de uma dominação? Em que medida são suficientes? Trata-se da questão problemática a ser analisada no presente artigo. Para tanto,

optou-se pela análise da teoria do filósofo Michel Foucault e do sociólogo Pierre Bourdieu.

3 Categoria sexual e poder: uma análise do discurso identitário sexual à luz de Pierre Bourdieu e Michel Foucault

Com a breve análise dos movimentos sexuais no âmbito nacional, assim como a partir da exposição da problemática da presente pesquisa, partir-se-á para o estudo do discurso pautado em categorias sexuais e a sua correlação com uma lógica de poder, à luz da teoria de Pierre Bourdieu e Michel Foucault; investigando-se uma possível insuficiência do discurso identitário sexual.

Pierre Bourdieu, em sua obra *O Poder Simbólico*, destaca o referido poder como aquele que se espalha, que está presente em toda parte. Trata-se de um poder invisível, que só pode ser exercido com a aderência dos seus assujeitados, ou seja, com a cumplicidade daqueles que ignoram a sua sujeição a tal poder ou mesmo o fato de que perpetuam o referido. Trata-se de um poder de construção da realidade (BOURDIEU, 2001).

O referido poder simbólico exerce uma dominação que não funciona através da lógica pura das consciências cognoscentes, e sim através dos esquemas de percepção, avaliação e ação, constitutivos do *habitus* os quais são transmitidos corporalmente, de corpo a corpo. São marcados por atividades inconscientes, aquém dos discursos.

Portanto, majoritariamente, os *habitus* ficam isentos do controle consciente, das correções e transformações. Como exemplo de tal isenção, Bourdieu destaca a defasagem entre as declarações e as práticas, citando os homens que se dizem a favor da igualdade entre os sexos, mas que não participam mais dos trabalhos domésticos do que aqueles que não são favoráveis a tal igualdade.

Bourdieu comenta que o poder simbólico é exercido sobre os corpos de forma direta e, como que por um passe de mágica, sem qualquer tipo de coação física. Entretanto, para tal magia funcionar ela precisa estar

baseada em predisposições inseridas em profundidade nos corpos. O referido autor compara tais predisposições a “molas propulsoras”, ao ilustrar a força exercida pelo poder simbólico como um “macaco mecânico”, ou seja, com um gasto pequeno de energia. O poder simbólico estaria fundamentado em predisposições intrínsecas aos indivíduos, ou seja, disposições ensejadas por todo um trabalho de inculcação e incorporação realizado nos sujeitos que, em virtude dos referidos trabalhos, foram capturados pelo poder simbólico.

Nos moldes do poder simbólico, a violência simbólica é exercida de forma invisível, sutil, insensível, às suas vítimas, através de vias simbólicas de conhecimento e comunicação, ou melhor, do desconhecimento, reconhecimento e sentimento. Quanto ao conceito de violência simbólica, Bourdieu faz uma ressalva no sentido de que esta é entendida, supostamente, como oposta à violência física, real, efetiva; supondo-se que violência simbólica, conseqüentemente, seria uma violência “espiritual”, desprovida de efeitos reais.

O referido autor comenta que tal distinção é demasiadamente simplista e apresenta impropriedades, uma vez que a referida violência é objetivada nas coisas e incorporada nos corpos e nos *habitus* dos agentes, portanto o atributo “espiritual” não é suficiente para representá-la.

A violência simbólica é marcada, também, pela aderência dos dominados aos dominantes, proporcionada pela falta de disposição para refletir sobre a dominação, tampouco sobre a relação dominante – dominado, uma vez que não possuem instrumentos de conhecimento que não estejam mergulhados na realidade criada pela dominação, o que os fazem achá-la natural, dotada de naturalidade.

Percebe-se, desta forma, que a referida dominação afeta o indivíduo em sua profundidade, ao ponto que este não consegue refletir, pensar, fora do campo de dominação a ele imposto. O trabalho de construção simbólica estará completo e realizado quando ocasionar uma “transformação profunda e duradoura dos corpos (e dos cérebros)” (Bourdieu, 2014, p. 40). Percebe-se que a referida construção simbólica tem como

objetivo impor uma forma de pensamento, de percepção do corpo, uma visão marcada pela superioridade masculina, visando naturalizar esse viés de pensamento através de uma máscara, a naturalização biológica.

A referida transformação profunda e duradoura realizada sobre os corpos e sobre os cérebros do corpo social tende a excluir do pensável e do factível tudo aquilo que possua características de pertencer a outro gênero, a fim de produzir dois modelos: homem viril e mulher feminina, que não são provenientes da natureza, mas da soma das relações sociais próprias da dominação. Trata-se de dois padrões produzidos a serem seguidos, sendo que aquele que não os seguirem será excluído, considerado anormal.

Neste sentido, a heterossexualidade é construída e constituída na sociedade como padrão de uma prática sexual “normal”, compatível com a natureza, enquanto que as demais seriam consideradas antinaturais, ou anormais. Neste contexto, pode-se destacar a figura do perverso polimorfo, que tende a ser excluído do pensável e do factível, por fugir da lógica heterossexual sustentada pela referida visão masculinizada.

A partir destas concepções, pode-se sustentar que a dominação masculina se exerce através de uma violência simbólica, que limita as atividades de subversão por parte dos dominados. Bourdieu destaca que as estratégias simbólicas utilizadas pelas mulheres contra os homens permanecem dominadas, uma vez que estão pautadas na concepção androcêntrica. Trata-se de estratégias insuficientes para subverter a referida estrutura de dominação masculina, acabando por ratificar a situação de inferioridade imposta às mulheres.

O preconceito contra o feminino é incorporado nos corpos e objetivado nas coisas, o que faz com que as mulheres ratifiquem tal preconceito, ou seja, que estas cometam atos de reconhecimento, de adesão à doxa. Trata-se de uma crença impensada, que constrói a violência simbólica sofrida por elas próprias. Assim, pode-se perceber que os dominados, neste contexto as mulheres, acabam por legitimar uma lógica de dominação, tendo em vista que esta está incorporada em seus corpos

e objetivada nos objetos, fazendo com que os dominados não consigam pensar, refletir sobre tal dominação, uma vez que os elementos que os referidos possuem para tanto estão contaminados, inseridos na referida lógica de dominação.

Diante da dificuldade de reflexão sobre a relação entre dominados e dominantes, e até mesmo em relação à dominação masculina, os atos subversivos dos dominados estarão subjugados a esta lógica de dominação, justamente porque a referida reflexão é prejudicada por não haver elementos suficientes para esclarecer a visão do sujeito, o que faz com que seus atos subversivos sejam insuficientes, fracos, dominados, por utilizarem-se de instrumentos, de categorias criadas para si, criadas por uma estrutura de dominação, criadas pela dominação masculina.

Adotar uma categoria sexual como instrumento político corresponde, assim, a uma ratificação do mecanismo do poder e da verdade construídos sobre o sexo e sexualidade, que criam, produzem as sexualidades múltiplas, as sexualidades periféricas, com o intuito de gerenciar, controlar as vidas sexuais dos indivíduos, que destoam da lógica heteronormativa. Trata-se de uma castração de formas de vida.

Assim, incluir tais categorias em lutas políticas é nitidamente contraditório. Como lutar pela liberdade afirmando-se através de uma criação da própria dominação? Afirmando-se como um controlado? Afirmando-se como diferente, pertencente a um grupo, marcado por características comuns, que o generalizam e o colonizam?

Bourdieu (2014) comenta que os homossexuais são atravessados por uma estigmatização, imposta por atos coletivos de categorização, que ensejam segregações, marcadas por uma negatividade. Tem-se, desta forma, a formação de grupos, de categorias estigmatizadas. Esta estigmatização só fica clara quando um movimento político identificado através de tais categorias reivindica visibilidade, quando o movimento político luta pelo seu reconhecimento, pela legitimidade dos seus interesses comuns.

Os corpos e as mentes dos indivíduos, em profundidade, são atravessados por uma violência simbólica, ao ponto de que estes não conseguem refletir sobre o ato de dominação exercido sobre eles ou mesmo a relação deles com os dominantes. O indivíduo dominado tende a ratificar a perspectiva do dominante sobre si próprio. Por um ato não voluntário, o indivíduo é forçado a aceitar as categorias de percepção dominante (BOURDIEU, 2014).

Os indivíduos classificados como homossexuais mesmo sendo dominados, assim como as mulheres, não raramente, aplicam a si próprios os princípios dominantes. Bourdieu cita como exemplo a necessidade de em uma relação identificada como homossexual se ter uma divisão de papéis, o ativo e o passivo, o masculinizado e o feminizado. Para o filósofo, trata-se de uma das “mais trágicas antinomias de dominação simbólica” (2014, p. 167), qual seja: *a tentativa de subversão às estruturas sociais e cognitivas através de categorias dominantes*.

A antinomia está no fato de que a revolta tem como objeto de reivindicação a imposição de categorias, entretanto o manifesto político é exercido através das próprias categorias que se pretende resistir, ratificando-se, desta forma, as classificações e limitações próprias do *dispositivo de sexualidade*. Identifica-se uma dupla incoerência. Primeiro, um movimento dito subversivo se pautar em uma “categoria realizada”, imposta externamente. E segundo, o fato de que ao se categorizar, excluem-se outras múltiplas práticas sexuais, não abarcadas pelo catálogo de identidades sexuais oferecido, essenciais para a própria força social do movimento, força esta capacitada para reverter a lógica simbólica dominante e fortificar o movimento subversivo.

Michel Foucault, por sua vez, tratando sobre o chamado *dispositivo de sexualidade*, denuncia a criação do sexo e, também, das categorias sexuais. O dispositivo de sexualidade como o elemento criador de um sujeito sexual, um sujeito identificado a partir de sua sexualidade. Quem você é? Não. Passa-se a perguntar “Que ser sexual é você?”.

Nas palavras de Foucault, “Contra o dispositivo de sexualidade, o ponto de apoio de contra-ataque não deve ser o sexo desejo, mas os corpos e os prazeres” (2014a, p. 171). Destaca-se a incitação ao discurso sobre o sexo, a interrogação do mesmo, a fim de se procurar uma verdade em um elemento criado. Finge-se resgatar a sexualidade de uma obscuridade, através dos discursos, hábitos, instituições, regulamentos e saberes da sociedade ocidental. Desobscurecer uma sexualidade que tudo “trazia à plena luz e refletia com estrépito.” (2014a, p. 172).

O sexo como um elemento natural, um elemento biológico, uma condição biológica do indivíduo. A sexualidade sendo apenas uma consequência do mesmo. O sexo como um elemento inserido em uma lógica biológica coerente, que prega que o indivíduo já nasce com um sexo pré-determinado (BUTLER, 2008).

Sobre o sexo como um elemento pré-discursivo, natural, Judith Butler comenta (2014, p.25) que “Na conjuntura atual, já está claro que colocar a dualidade do sexo num domínio pré-discursivo é uma das maneiras pelas quais a estabilidade interna e a estrutura binária do sexo são eficazmente asseguradas”. Trata-se, portanto, de uma lógica heterossexual. O sexo é construído em um discurso que prega a sua naturalidade e a sua relação consequential com a sexualidade.

Uma lógica heterossexual, marcada por dois produtos: macho e fêmea. Estes são os coerentes, tudo o que estiver fora disso é considerado anormal, incompleto, incoerente; devendo ser objeto de controle. Os perversos sexuais se tornaram objeto da Medicina, que criou uma patologia orgânica intrínseca às práticas sexuais que não se amoldavam à lógica heterossexual. Estas eram consideradas incompletas, dotadas de uma anormalidade.

Como efeito, a Medicina catalogou todas as formas de prazer que destoavam das que eram praticadas através da penetração falocêntrica. O conhecimento e o mapeamento destas eram necessários para que o controle pudesse ser exercido de forma efetiva e total. Classificaram-se todas as sexualidades destoantes da lógica dominante heterossexual.

Para tanto, aplicou-se questionários médicos. Precisava-se ter o conhecimento de tudo, o maior número de informações. Um poder exercido através de investigação, de escutas, de instigação e revelação. O dizer sexual era necessário, era incitado e anotado. Um poder que desvela um prazer no investigado. O prazer sexual é provocado, incitado, manifestado e, posteriormente, anotado.

Trata-se do duplo efeito do poder, este incita o prazer, a sua manifestação, para que através dele possa exercer um controle. O prazer sexual é seduzido a se manifestar, para ser capturado, posteriormente. O objetivo não era condenar as sexualidades periféricas, e sim geri-las, gerenciá-las. O dizer sexual assume o papel de fornecedor do material interpretativo para o controle.

O controle das sexualidades, através do mapeamento das sexualidades ilegítimas. As diversas formas de sexualidade são expostas, detalhadas e atravessadas pelo poder. Para a realização do referido controle eram necessários dados para o conhecimento do objeto, material este fornecido pelo dizer sexual, pela incitação da fala sobre o sexo. Entretanto, o conhecimento sobre o objeto não bastava, para este ser controlado era necessário especificar, mapear, catalogar as múltiplas sexualidades.

Assim, destaca-se que as sexualidades múltiplas foram construídas a partir de uma estrutura de poder e verdade, qual seja: o *dispositivo de sexualidade*, responsável pela criação da ideia de sexo, sustentando-o como um elemento natural, biológico e coerente, conforme analisado anteriormente. Trata-se da inversão realizada por Foucault, a partir da qual, infere-se que o sexo é um elemento criado, produzido, atravessado pelo poder.

Precisava-se controlar a anormalidade, a patologia. Era necessário identificar aqueles que não se amoldavam à lógica heterossexual. Estes precisavam ser especificados, catalogados, para serem controlados. Desta forma, criou-se as sexualidades periféricas, múltiplas. Estas são produtos do mecanismo de poder incidente sobre a vida.

A categorização sexual, a partir da criação e especificação das sexualidades periféricas, das perversões; como um instrumento de controle, de redução de formas de vidas sexuais. O produto factual do dizer sexual do indivíduo, quando semelhante ao de outro, é emoldurado em uma sexualidade. O indivíduo e sua vida sexual estão petrificados em uma definição externa, em uma definição do incomensurável.

Há, portanto, uma redução de singularidades. A vida do indivíduo é encaixada, emoldurada, moldada em um padrão de sexualidade, ou melhor, na própria sexualidade. Trata-se de um nítido apagamento de formas de vidas. O indivíduo deve ser encaixar em uma gaveta pré-fabricada.

O dispositivo de sexualidade toma os corpos como seu objeto e instrumento de poder. Investe os corpos com a ideia de sexo, como elemento biológico, imutável. Assim, produz corpos sob a égide da lógica que prega a coerência sexual, a integridade heterossexual. Produz corpos sexualizados, identificados através de sua sexualidade. Nas palavras de Butler (2008, p. 98): “[...] a sexualidade toma corpos como seu instrumento e objeto, o lugar em que ela consolida, enreda e estende seu poder.”

As sexualidades múltiplas, perversões, são incitadas, criadas e fixadas nos indivíduos, em seus corpos. Há uma fixação da categoria sexual criada no corpo do indivíduo. A partir desta, o indivíduo passa a ser identificado através de sua sexualidade. O indivíduo passa a ter uma identidade sexual, criada para medir a sua vida. Não pode ser livre, não! Precisa se amoldar, ser categorizado, especificado, para que o seu perigo possa ser mantido em controle, para que o poder próprio à sexualidade o controle de forma mais fácil, útil e eficaz. Assim como o sexo, criam-se as sexualidades periféricas.

Trata-se de uma das características do mecanismo de poder vigente, que atua através da criação do objeto que pretende regular. Produzem-se as sexualidades múltiplas, as perversões, com fins de controle, de regulação, gerenciamento.

Destaca-se, portanto, que o dispositivo de sexualidade para controlar as sexualidades múltiplas, as sexualidades que não se amoldam à lógica heterossexual, criou-as, especificou-as e as nomeou. Foi necessário produzir sexualidades periféricas, pautadas em um padrão também produzido, qual seja: o sexo em aspectos biológicos, heterossexuais. Identifica-se, assim, uma dupla criação atinente às categorias sexuais. Primeiro, a criação do sexo pelo dispositivo de sexualidade. O sexo na concepção biológica, imutável, como pré-condição para a sexualidade. Um sexo dotado de naturalidade, o qual origina a heterossexualidade, também considerada natural.

Segundo, a criação das sexualidades periféricas pautadas na primeira criação. Tais sexualidades foram criadas tendo como base a concepção biológica do sexo, a concepção que prega como normal o casal dito heterossexual, a relação marcada pela penetração falocêntrica. Aquilo que fugir a esta lógica deve ser identificado, controlado, regulado.

Infere-se, portanto, que as sexualidades periféricas possuem como fundamento o sexo, em sua concepção biológica construída. Este é considerado o paradigma para a identificação e classificação de formas de vidas sexuais dissidentes com a lógica dominante. As sexualidades múltiplas, perversões, são incitadas, criadas e fixadas nos indivíduos, em seus corpos. Há uma fixação da categoria sexual criada no corpo do indivíduo. O indivíduo passa a ser identificado através de sua sexualidade. Conforme citado anteriormente, para se conhecer o indivíduo, pergunta-se: que ser sexual é você?

Assim, ao invés de ratificar a dominação, seria mais coerente a luta por uma “nova ordem sexual”, no sentido de transcender as barreiras impostas pela definição, que originam os diferentes estatutos sexuais; propagando-se a indiferença, a indiferença a nada, no sentido de que se deve chegar a um nível em que a sexualidade não seja mais uma questão, não seja mais o diferente. Por isso, ao invés de buscar uma nova ordem sexual em que se seja indiferente à diferença, deve-se alcançar o igual, a indiferença ao igual.

Bourdieu (2014) comenta que as lutas políticas ao invés de se pautarem em categorias impostas e incorporadas aos indivíduos componentes, devem exigir do Direito o reconhecimento de suas particularidades. O referido reconhecimento implica na anulação das identidades sexuais, que possuem como efeito a generalização, o apagamento das singularidades de cada indivíduo.

Assim, sustenta-se que a utilização das categorias criadas, das sexualidades múltiplas, periféricas, como base para lutas políticas não passa de uma perpetuação e incorporação de uma dominação. Ao invés de lutar pela liberdade sexual por meio de gavetas, molduras; o mais coerente, neste contexto de controle, é o *transcender sexual*, a quebra de barreiras limitativas.

4. Para além das identidades: *devir sexual*

O uso de identidades sexuais, de categorias sexuais, não é mais suficiente como ideologia de luta política, tampouco como base para a garantia de direitos. Precisa-se ascender, sair de uma concepção que limita para garantir, que restringe a vida do indivíduo, que o prende dentro de uma homogeneidade, para que este possa ter seus direitos garantidos. Deve-se buscar uma nova ordem sexual.

Foucault (2014a) afirma que nós devemos experimentar se tornar “gay” e não afirmar uma identidade homossexual. Não se deve se descobrir sexualmente, descobrir-se “homossexual”. Deve-se, antes, criar um modo de vida criativo, marcado pelo “tornar” e não pelo “ser”. Uma perspectiva que trata da sexualidade em um viés anti-limitativo.

A prática sexual de cada indivíduo como uma obra de arte, com desenhos, pinturas, tamanhos e cores singulares. Trata-se de criações peculiares, que, em uma ótica de identidade sexual, estariam limitadas por uma moldura, um envoltório de poder, de verdade. Uma obra de arte previsível, encaixada, padronizada.

No âmbito das identidades, entretanto, Foucault (2014b) faz uma ressalva. Apesar do seu caráter limitativo, o discurso baseado em identidades teve um papel de importância na conquista de direitos civis e humanos, no que concerne à sexualidade. Sobre o papel das identidades, Foucault (2014b, p. 252) responde, ao ser inquirido:

- Na prática, uma das conseqüências dessa tentativa de elucidação do segredo é que o movimento homossexual não foi mais longe do que a reivindicação dos direitos cívicos ou humanos relativos à sexualidade. Isso quer dizer que a liberação sexual continuou no nível de uma exigência de tolerância sexual. - Sim, mas é um aspecto que é preciso sustentar. É importante, primeiramente, para um indivíduo, ter a possibilidade - e o direito - de escolher a sua sexualidade. **Os direitos do indivíduo concernentes à sexualidade são importantes, e existem muitos lugares ainda onde eles não são respeitados. Não se devem considerar esses problemas como resolvidos, na hora atual.** É perfeitamente correto que houve um verdadeiro processo de liberação no início dos anos 1970. Esse processo foi muito benéfico, tanto no que concerne à situação tanto no que concerne às mentalidades, mas a situação não se estabilizou definitivamente. **Devemos, ainda, dar um passo à frente.** E creio que um dos fatores dessa estabilização será a criação de novas formas de vida, de relações, de amizades, na sociedade, na arte, na cultura, novas formas que se instaurarão através de nossas escolhas sexuais, éticas e políticas. Devemos não somente nos defender, mas também nos afirmar, e nos afirmar não somente como identidade, mas como força criadora. (grifo nosso).

O filósofo, portanto, sustenta que apesar do papel de importância do discurso identitário, é necessário dar “um passo adiante”, que conceda uma estabilização em relação ao processo de liberação sexual, através de uma vida criativa, marcada por novas formas de vidas, de relações; através da arte, da cultura instauradora de novos formatos a partir de escolhas sexuais, políticas e éticas.

Foucault se refere a um devir, à um “tornar-se” e não à um “ser” “gay”, no sentido de que as identidades representam uma armadilha essencialista. As práticas sexuais podem ser exercidas de diversas maneiras, e não de uma forma em específico, que configure uma essência. Não

se trata de uma natureza “gay”, uma essência “gay”, e sim de uma multiplicidade no exercício de suas sexualidades. Foucault defende um *devenir*, um processo contínuo, e não um “ser” sexual. Trata-se de não ter em sua essência a sexualidade como uma marca, que constituiria uma natureza imutável. Pelo contrário, Foucault defende um movimento, um processo ininterrupto em que os indivíduos não estão presos em barreiras identitárias.

Uma das principais chaves de pensamento relacionado ao citado *devenir sexual* é a *Teoria queer* e o seu conceito de performatividade, termo tomado emprestado da lingüística por Judith Butler, quem segue as concepções teóricas de Monique Wittig, no âmbito descritivo do corpo, ratificando a sua teoria lésbica materialista, sustentadora da concepção de que a forma do corpo é efeito de uma estrutura “heterossexual” de poder, que o molda. Sustenta-se a ideia de que o sexo, assim como o gênero, podem ser performativamente reinscritos, de uma forma que acentue o seu caráter artificial. Assim, infere-se que o corpo não é dotado de naturalidade, não é um fato natural, e sim produzido por discursos (SALIH, 2013).

Para Butler (2014), todos os corpos são elevados a um âmbito de generalidade desde o início de sua existência social, o que indica, consequentemente, que não há um “corpo natural” que anteceda à sua exposição cultural. Desde o início o corpo é moldado através da sua inscrição cultural.

O gênero é a estilização repetida do corpo, um conjunto de atos repetidos no interior de uma estrutura reguladora altamente rígida, a qual se cristaliza no tempo para produzir a aparência de uma substância, de uma classe natural de ser. A genealogia política das ontologias do gênero, em sendo bem-sucedida, desconstruiria a aparência substantiva do gênero, desmembrando-a em seus atos constitutivos, e explicaria e localizaria esses atos no interior das estruturas compulsórias criadas pelas várias forças que policiam a aparência social do gênero. (BUTLER, 2014, p.59)

Percebe-se que as concepções teóricas de Butler são compatíveis com o sustentado por Foucault, no que concerne ao fato do sexo, assim como o gênero, ser um construto e não elementos dotados de uma essência. Um discurso não essencialista, que marca o caráter criado do sexo, consequentemente da sexualidade, e do gênero; que critica as identidades sexuais como próprias de um essencialismo, quando na verdade são derivadas de uma construção, dominação.

Defende-se uma nova ordem sexual, na qual o sexo não assuma um papel de definição, um papel de qualificação das relações. Uma lógica que ultrapasse a tolerância sexual, que ultrapasse, inclusive, a aceitação, em que a prática sexual dos indivíduos deixe de ter importância. Sustenta-se uma lógica que ascenda à indiferença, mas não a indiferença em relação ao diferente, porque esta seria incompleta e contraditória.

Um modo de vida em que os indivíduos deixem de ser gerenciados sexualmente, medidos por suas práticas sexuais, deixem de ser considerados iguais ou diferentes a partir da sexualidade. Uma arte de viver pautada na indiferença, na indiferença ao nada, ao ponto de que a sexualidade deixe de constituir um elemento de definição, deixe de ser uma questão, ao nível de não mais constituir diferenças entre os indivíduos.

À luz de Michel Foucault (2014b), defende-se, portanto, um modo de vida criativo, uma cultura, uma arte criativa, não mais compatível com o discurso identitário, limitante e gerenciador dos desvios sexuais. Um discurso mais compatível com a noção de performance, marcada pelo “tornar”, e não mais pelo “ser”.

5. Considerações finais

Conforme exposto na introdução, o presente estudo teve como objeto de investigação a luta baseada em identidades sexuais, o discurso dito subversivo pautado em categorias sexuais. Para responder a *pergunta-problema* da pesquisa, a presente pesquisa se estruturou em três eixos.

Inicialmente, analisou-se, mesmo que brevemente, os principais movimentos sexuais pátrios, identificando-se uma lógica de luta pautada em categorias sexuais. A identidade sexual marcou diretamente o discurso dos citados movimentos, assumindo fins políticos. Destacou-se, é necessário frisar, a importância dos citados movimentos, e também da lógica identitária utilizada pelos mesmos, no âmbito dos avanços, das conquistas alcançadas por eles, principalmente no que concerne a conquistas jurídicas, políticas e sociais.

Em um segundo momento, desvelou-se uma estrutura de poder relacionada à criação e fixação de categorias sexuais sobre os indivíduos. Sobre o aporte de Pierre Bourdieu e Michel Foucault, desenvolveu-se o pensamento de que as identidades sexuais representam um instrumento de controle, de padronização de formas de vida. Trata-se de uma lógica de gerenciamento dos modos de vida que não se adequam à lógica heterossexual, sendo necessário identificá-los, inquiri-los, com fins de controle.

Sendo assim, uma luta configurada a partir de identidades sexuais, em categorias sexuais, representaria uma contradição. Estar-se-ia lutando com as armas do dominador, o que torna essa luta insuficiente, tendo em vista que não alcançará o fim almejado, diante da reprodução da lógica de dominação contra a qual se luta. Considera-se, portanto, insuficiente e contraditório o discurso identitário sexual, não se podendo esquecer, obviamente, da sua importância no âmbito de todos os direitos já conquistados, além de avanços políticos e sociais.

Com base nesta perspectiva, em uma última seção, destacou-se a necessidade da criação de uma nova ordem sexual, na qual o discurso subversivo não estaria pautado em identidades sexuais. Uma lógica marcada não mais pelo “ser”, e sim pelo “tornar-se”. Eis um contexto no qual os indivíduos não mais seriam identificados a partir de sua sexualidade, ao ponto em que a mesma deixaria de ter importância. Uma lógica baseada em um *devoir*.

6. Referências

- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina – A condição feminina e a violência simbólica**. 1ª ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- BUTLER, Judith. **Inversões Sexuais**. In: Poder, normalização e violência. Incurções foucaultianas para a atualidade, por Org. Izabel C. Friche Passos. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.
- BUTLER, Judith. **Problemas de gênero – Feminismo e subversão da identidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- FACCHINI, Regina. **“Sopa de Letrinhas”? – movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90: um estudo a partir da cidade de São Paulo**. São Paulo. 2002.
- FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: A vontade de saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 1ª ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz & Terra, 2014a.
- FOUCAULT, Michel. **Michel Foucault, uma Entrevista: Sexo, Poder e a Política da Identidade**. In: Ditos e Escritos IX. 1º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014b.
- GREEN, James Naylor. **Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX**. São Paulo: editora da UNESP, 2000.
- MACRAE, Edward. **O militante homossexual no Brasil da “abertura”**. Tese de Doutorado em Antropologia - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1985.
- SALIH, Sara. **Judith Butler e a Teoria Queer**. 1. ed. São Paulo: Autêntica, 2013.

Uma leitura do binarismo de gênero como discrimen desigualador na constituição da república de 1988

*Arísio Antonio Fonseca Junior*¹

1. Introdução

Quando o princípio jurídico da igualdade é mencionado, intuitivamente volta-se a atenção a famosas máximas cunhadas por pensadores da Antiguidade ou dos tempos modernos. Aristóteles e Ruy Barbosa geralmente são lembrados por suas expressões sobre tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Não se vai negar a importância desses brocardos, sobretudo em razão da força argumentativa que a referência a um clássico pode conferir ao discurso. Não obstante, as circunstâncias das sociedades contemporâneas, com sua diversidade de filosofias, comportamentos e perspectivas de vida, demandam uma análise mais complexa da igualdade.

No campo dos estudos de gênero, as relações sociais, culturais, econômicas e jurídicas existentes entre homens e mulheres, adicionadas ao surgimento – ou seria o desencobrimento? – de sujeitos e identidades outrora invisíveis, produzem a necessidade de se repensarem regramentos jurídicos que tradicionalmente são vistos como imutáveis. Desponta, assim, o problema que se pretende enfrentar neste trabalho: a utilização do binarismo de gênero na Constituição da República de 1988 (CR/88)

¹ Mestrando em Direito no Programa de Pós-graduação “Novos Direitos, Novos Sujeitos” da Universidade Federal de Ouro Preto com bolsa pela UFOP. Bacharel em Direito e especialista em Políticas Públicas e Gestão Social pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogado.

como forma de distinção entre homens e mulheres relativamente aos seus direitos e deveres.

A escolha do tema é proposital e pertinente. Proposital porque, inserido em estudos sobre novos sujeitos e novos direitos, torna-se evidente que o princípio jurídico da igualdade merece ser reavaliado quando se colocam em comparação com as categorias de homens e mulheres: os transgêneros e as transgêneras². Pertinente porque a aplicação das normas constitucionais que levam em conta o gênero das pessoas, mesmo nos casos de necessidade de intermediação de legislação ordinária ou complementar, pode gerar situações de evidente ferimento da igualdade, se não observados esses novos sujeitos e suas demandas.

O que se pretende responder neste texto é a questão sobre ser o discrimen de gênero, contido em dispositivos constitucionais específicos, adequado ao princípio da igualdade quando observados os sujeitos que vivem na sociedade brasileira da atualidade.

Para os fins deste trabalho, partiu-se de uma exposição dos conceitos fundamentais para o desenvolvimento da análise, com base em bibliografia sobre os temas abordados. Foi utilizada, também, busca por termos específicos no texto da Constituição da República de 1988, os quais têm relevância e pertinência para o estudo e balizarão a análise sobre o discrimen de gênero e a igualdade. Essa pesquisa foi realizada por meio da função “Ctrl+F” do navegador de internet no texto constitucional disponível na página da Câmara dos Deputados³, encontrando-os e catalogando-os em colunas comparativas constantes da tabela utilizada no desenvolvimento deste trabalho.

A partir da construção das ideias no texto, tem-se a hipótese de que há dispositivos na Constituição da República de 1988 queferem o princí-

² Os termos transgênero e transgênera se referem a pessoas que não se identificam com o gênero a elas atribuído quando do nascimento. Já os termos cisgênero e cisgênera são usados para pessoas cuja identidade de gênero se reconhece no gênero a elas atribuído no nascimento. Assim, exemplificando, uma mulher cisgênera é aquela a quem foi atribuído o gênero feminino quando nasceu e ela se reconhece mulher quando compreende sua identidade. Já uma mulher transgênera é aquela a quem foi atribuído o gênero masculino por nascer com um pênis, mas ela se identifica individual e socialmente com o gênero feminino.

³ Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html/constituicao-da-republica-federativa-do-brasil_texto-atualizado>.

pio da igualdade ao estabelecerem o gênero como fator de discriminação entre as pessoas.

Ainda, dois pontos importantes precisam ser esclarecidos: o primeiro diz respeito ao alcance do estudo, que se concentra exclusivamente em dispositivos constitucionais⁴; o segundo relaciona-se à abordagem crítica de julgados de tribunais superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal, uma vez que não serão tomadas as decisões, sempre, como juridicamente acertadas, sendo, em alguns casos, apenas referencial da existência da discussão de determinado tema no âmbito da jurisdição.

Desse modo, no primeiro item deste trabalho será estabelecido o entendimento do princípio jurídico da igualdade que orientará a análise do uso do binarismo de gênero na Constituição. Em seguida, uma discussão sobre as questões de gênero e a apresentação dos sujeitos transgêneros informará a complexidade que o tema gera na abordagem das normas constitucionais. Finalmente, parte-se para o efetivo exame dos dispositivos constitucionais que utilizam o marcador de gênero para regular direitos e obrigações.

2. O princípio jurídico da igualdade

A Constituição da República de 1988 é um marco no constitucionalismo brasileiro. A partir de suas disposições, a igualdade alcançou um status normativo sem precedentes. Ela é prevista como valor supremo no preâmbulo do texto constitucional e no art. 3º, IV, como objetivo fundamental de promover o bem de todos sem preconceitos ou discriminação⁵. Já o art. 4º, II, dispõe serem os direitos humanos prevalentes nas relações internacionais da República, dentre os quais está a igualdade (art. I da Declaração Universal dos Direitos Humanos; art. 24 da Convenção

⁴ Como trabalho em andamento, a análise de normas infraconstitucionais será realizada em outras oportunidades.

⁵ Neste texto, as palavras “discriminação”, “discriminatório” e “discriminatória” poderão ser usadas em sentidos diversos. Ainda que Moreira (2017, especialmente p. 27-36) afirme que atualmente a palavra “discriminação” tenha conotações negativas, mormente com uma carga de desvantagem, prejuízo e arbitrariedade contra alguém ou algum grupo, em determinadas passagens deste trabalho ela – e as palavras correlatas – será utilizada como sinônimo de diferenciação ou distinção entre dois ou mais elementos, não necessariamente arbitrária ou prejudicial.

Americana sobre Direitos Humanos); enquanto o art. 14, *caput*, dispõe sobre o valor igual para todos do voto no exercício da soberania. No âmbito da ordem tributária, o art. 150, II, impõe a vedação de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente; ao passo que o art. 196, *caput*, dispõe sobre o acesso igualitário ao sistema público de saúde; e o art. 206, I, afirma a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Os dispositivos exemplificativamente elencados acima demonstram a importância da igualdade para uma sociedade democrática, sem dúvida. Mas é principalmente no art. 5º, *caput*, que a igualdade se destaca. Seja na previsão da igualdade formal, quando a Constituição dispõe que “todos são iguais perante a lei”, seja na feição material, quando o mesmo dispositivo afirma a inviolabilidade do direito à igualdade, ela é vista como garantia fundamental, cláusula pétrea que sustenta tanto a juridicidade democrática, quanto as relações entre as pessoas e entre estas e o Estado.

Além de constar do *caput* do art. 5º, a igualdade, em relação mais íntima com este trabalho, aparece no inciso I, a informar que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Desde as Revoluções burguesas do século XVIII, a igualdade tem sido dirigida especialmente aos homens – brancos, cristãos, ricos, heterossexuais – em prejuízo de outras pessoas, como as mulheres (STANSELL, 2001, p. 345). Alguns avanços no âmbito do Direito Internacional, já no século XX, trouxeram as mulheres ao campo do direito, com tentativas eficazes em alguns pontos, mas “simbólicas” em outros (ARAÚJO, 2013). Nesse passo, internamente ao Estado brasileiro, ainda que a igualdade entre homens e mulheres tenha feito parte dos textos constitucionais desde 1934⁶, é na Constituição da República de 1988 que ela se torna explícita.

⁶ As Constituições de 1934 e 1967 utilizaram a expressão “todos são iguais perante a lei”, acrescentando-se a essa a previsão “sem distinção de sexo”; já as de 1937 e 1946 apenas dispuseram que “todos são iguais perante a lei”. Em razão do uso desse texto comum, diz-se que a igualdade entre homens e mulheres existiu nas Constituições anteriores.

Normativamente, deve-se atentar para a leitura da parte final do inciso I do art. 5º da CR/88. Ela prevê que é “nos termos desta Constituição” que homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, ou seja, há ali uma condição para a igualdade entre os gêneros, pois, segundo a leitura que se faz, é possível haver distinções constitucionalmente estabelecidas. Quer-se dizer que, ainda que exista a previsão da igualdade entre homens e mulheres, a própria CR/88 cria diversas situações em que o gênero é utilizado como fator de diferenciação, de discriminação, entre os gêneros. É exatamente nesta problemática que se insere o trabalho.

É verdade que a igualdade pode ser vista em diferentes sentidos normativos. Na linha das explicações de Humberto Ávila (2005, p. 101),

[a] igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade de distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).

Mesmo que a igualdade tenha aqueles sentidos normativos, Ávila (2015, p. 142) apontou que “não se está dizendo que são três normas que nunca atuarão conjuntamente”, pois, em algumas situações, será difícil não visualizar a incidência de dois ou até três sentidos da igualdade na mesma norma. Em decorrência dessa dificuldade, serão utilizadas as expressões princípio da igualdade ou princípio jurídico da igualdade, a fim de padronizar a linguagem e, também, para manter a coerência com o referencial teórico estabelecido ao analisar as normas constitucionais abaixo.

Padronizada a expressão utilizada no texto, vê-se que, em seu estudo sobre o princípio da igualdade, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 21-22) afirmou que, para o fim de identificar situações em que há ou não quebra da igualdade, deve-se investigar “aquilo que é adotado como critério discriminatório”, além de observar “se há justificativa racional” para a distinção feita pela norma jurídica e “se a correção ou

fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional”. Estas questões podem ser vistas mais à frente na obra (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 47), em outras palavras: se a norma tem como critério de *discrímén* elemento inerente a fatos, situações e pessoas; se a norma confere diferença de tratamentos jurídicos com fundamento em fator de *discrímén* logicamente pertinente à desigualdade afirmada e se, além dessa relação de pertinência lógica em abstrato, na aplicação da norma conduz a efeitos consonantes a finalidades valoradas pela Constituição.

Assim está definido o referencial desse texto. As normas constitucionais que estabelecem diferença entre homens e mulheres utilizando o gênero como fator de *discrímén* serão o objeto deste estudo. Já é possível afirmar que elas se utilizam de elemento característico a pessoas: o gênero, equivocadamente tomado como conceito idêntico a sexo, sendo o gênero masculino para designar “homens”, “homem”, “paternidade”, e o feminino para designar “mulheres”, “mulher”, “maternidade”, por exemplo. É por isso que, quando o art. 5º, XLVIII, da CR/88 dispõe que o sexo do apenado deverá ser levado em consideração para fins de determinar o estabelecimento prisional em que uma pessoa cumprirá pena, fica evidente a equivocada coincidência entre sexo e gênero – o que se verá, no item seguinte, ser sociologicamente inadmissível –, a qual pode ter um efeito ofensivo à igualdade e aos princípios fundamentais da República por tratar mulheres cisgêneras e mulheres transgêneras de forma diferentes.

Para Adilson José Moreira (2017, p. 74), “[h]omens e mulheres serão submetidos a tratamento distinto apenas quando o gênero dos indivíduos pode ser apontado como uma característica relevante, tendo em vista um objetivo estatal”. Alterando os termos do argumento do autor, quando o gênero de duas pessoas postas em comparação não é suficiente para conceder tratamento jurídico desigual, os objetivos e princípios constitucionais obrigam a que percebam as mesmas abordagens normativas e fáticas entre elas. Outrossim, no contexto de um

Estado Democrático de Direito, o princípio da igualdade recebe o aporte de uma dimensão inclusiva, através da qual ele “tem também uma função transformadora, impondo ao Estado a obrigação da criação de políticas públicas que possibilitem a inclusão de grupos sociais” (MOREIRA, 2017, p. 66). Isso porque

o paradigma constitucional atual tem um caráter demarcado por ser emancipador, além das dimensões da igualdade presentes nos paradigmas anteriores, pretende-se promover a transformação social por meio da eliminação das práticas sociais responsáveis pela subordinação de grupos sociais” (MOREIRA, 2017, p. 66-67).

Neste momento, é possível que se levantem vozes a dizer: ora, o que o texto afirma é haver uma inconstitucionalidade de normas constitucionais. Uma resposta negativa a elas se faz necessária. É certo que o trabalho de Bandeira de Mello (2004) se dirige a normas legais que prevejam distinção entre as pessoas e a compatibilidade delas com a estrutura igualitária constante da Constituição de 1988. Também é exato dizer que a própria Constituição pode estabelecer os limites e o alcance de suas disposições normativas. Contudo, conforme se verá, admitir algumas normas constitucionais discriminatórias entre homens e mulheres com base exclusivamente no gênero fere a igualdade informativa de todo o texto constitucional e não se harmoniza com princípios fundamentais da República, como a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político (art. 1º, II, III e V). Por isso que não se trata de invocar a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, o que estaria em contraponto com o entendimento constitucionalista atual; mas, sim, de operacionalizar uma interpretação da Constituição com fundamento, inclusive, na existência do fenômeno da mutação constitucional, quando transformações políticas, culturais, econômicas etc. demandam a adequação dos sentidos normativos do texto constitucional às condições da vida social, principalmente quando se trata de garantir maior extensão de liberdades públicas e igualdade de direitos fundamentais.

Assim, é importante observar uma ressalva que Bandeira de Mello (2004, p. 39) faz: “[a] correlação lógica a que se aludiu, nem sempre é absoluta, ‘pura’, a dizer, isenta da penetração de ingredientes próprios das concepções da época, absorvidos na intelecção das coisas”. A observação da historicidade das contingências no seio da sociedade importa perceber que a intenção de perenidade dos textos constitucionais, e legais em geral, encontra-se em tensão com a realidade social. “Por consequência, a mesma lei, ora surgirá como ofensiva da isonomia, ora como compatível com o princípio da igualdade” (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 40). Isso significa que o conhecimento da lei ou da Constituição não é suficiente para sua boa interpretação e aplicação, visto que o conhecimento dos fatos como eles ocorrem no meio em que as pessoas vivem influencia diretamente a compreensão das normas. Vê-se, desse modo, que a interpretação da Constituição e, também, a análise que ora se realiza dos dispositivos constitucionais que utilizam termos e critérios de gênero devem observar os fatos da forma mais atual possível. É o que se pretende desenvolver no próximo tópico, em que serão discutidos alguns aspectos da categorização das pessoas com base no gênero.

3. Homem, mulher e gênero: categorias em mutação

Viu-se, no item anterior, que a expressa isonomia entre homens e mulheres apenas apareceu, no âmbito da norma máxima no Brasil, com a Constituição de 1988. Além disso, tomada como correta a ideia de que normas jurídicas são localizadas no tempo e no espaço, percebe-se ser necessário interpretá-las em contextos diferentes, a fim de se buscar a harmonia das disposições constitucionais.

Trinta anos após a promulgação da Constituição da República de 1988, as categorias homem e mulher nela utilizadas não coincidem com as possibilidades linguísticas, filosóficas, históricas, sociais e jurídicas que a categoria gênero introduz na contemporaneidade. Isso porque “as palavras, como as ideias e as coisas que elas pretendem significar, têm uma

história”, como afirma Joan Scott (1995, p. 71) no início de seu trabalho sobre o gênero como categoria útil de análise histórica.

Se, por um lado, a história tradicional narra os eventos humanos como sendo feitos do homem, masculino, branco, heterossexual, por outro, é possível perceber, desde a segunda metade do século XX, a utilização do gênero como categoria de análise para compreender e explicar as relações, geralmente desiguais, entre homens e mulheres (SCOTT, 1995, p. 85 e ss). Essa categoria não tem sempre os mesmos pressupostos nem as mesmas teorias a sustentá-la, mas, em uma visão abrangente e útil, “o gênero (visto, não raro, como ‘cultural’) envolve papéis, estereótipos, representações e construções simbólicas e materiais atribuídos à diferença sexual (tida, por outro lado, por ‘natural’)” (LOPES, 2016, p. 30). Quer-se dizer com isso que, conquanto existentes várias formas de se entender o conceito de gênero, para as pretensões deste trabalho, ele enfrenta a naturalizada diferença entre homens e mulheres feita com base na biologia, emergindo em sua compreensão a construção cultural, histórica e política dessa diferença, razão pela qual hoje é impossível pensar homem e mulher dentro da perspectiva binária do gênero. Por isso tem razão Berenice Bento (2008, p. 17) quando afirma que o “sistema binário (masculino versus feminino) produz e reproduz a ideia de que o gênero reflete, espelha o sexo e que todas as outras esferas constitutivas dos sujeitos estão amarradas a essa determinação inicial (...)”.

Para seguir de perto passagem de Judith Butler (2006, p. 86),

A dissonância entre o gênero e a sexualidade se afirma, assim, desde duas perspectivas diferentes: a perspectiva que busca mostrar possibilidades para a sexualidade que não estão limitadas pelo gênero, com o fim de desmontar o reducionismo causal dos argumentos que as ligam; e a perspectiva que trata de mostrar possibilidades de gênero que não estão predeterminadas pelas formas de heterossexualidade hegemônicas (tradução livre)⁷.

⁷ No original: “La disonancia entre el género y la sexualidad se afirma, pues, desde dos perspectivas diferentes: la perspectiva que busca mostrar posibilidades para la sexualidad que no estén constreñidas por el género con el fin de desmontar el reduccionismo causal de los argumentos que las ligan; y la perspectiva que trata de mostrar posibilidades de género que no estén predeterminadas por las formas de heterossexualidad hegemónicas”.

Se se entende, então, que gênero e sexualidade não se sobrepõem, há de se levar em conta formas de expressão de vida diversas das categorias homem cisgênero heterossexual e mulher cisgênera heterossexual. Assim é que sob o conceito de transgênero estão inseridos as travestis, as mulheres trans, os homens trans, as pessoas agênero, as *drag queens*, os *drag kings*, os *crossdressers*, os sujeitos *queer*, enfim, toda pessoa que não se identifica ou não se expressa em consonância com o sexo atribuído a ele ou a ela no nascimento. Pessoas que, em razão da sua identidade ou da sua forma funcional de performar a vida, pretendem, desejam e podem exigir serem reconhecidas pelo gênero que se atribuem – exceção feita aos sujeitos agênero e *queer*, que podem pretender o reconhecimento de não pertencer a qualquer dos gêneros.

Ainda no intuito de esclarecer alguns pontos sobre as pessoas trans, importa perceber que, mesmo se identificando com o gênero oposto, elas podem não realizar a cirurgia de transgenitalização, que consiste no procedimento cirúrgico de adequação da genitália ao gênero de identidade. Isso não retira qualquer legitimidade ou veracidade da experiência pela qual passa a pessoa, razão por que não pode ser óbice ao gozo de seus direitos, ou melhor, de sua própria vida⁸.

O que se enfrenta por meio deste estudo são as normas da heteronormatividade e do gênero que sustentam disposições constitucionais que, hoje, se podem entender como violadoras da igualdade. Sobre o gênero já se falou acima; já quanto ao primeiro termo, vê-se que a heteronormatividade, como ideologia que regula a vida social com base em um binarismo sexual naturalizado, define quem está dentro e quem está fora do Direito e da política. Ela é esse poder invisível que faz com que se pense, comumente, ser a heterossexualidade o padrão de comportamento a se levar em conta na elaboração das leis e das instituições jurídicas. A

⁸ O Supremo Tribunal Federal, julgando a ADI 4.275, em março deste ano, entendeu por maioria de votos que é reconhecido “aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil”, garantindo, assim, juridicamente aquilo que pelo respeito e consideração morais as pessoas trans já são dignas de usufruir.

força pré-reflexiva, portanto, naturalizada, de uma valoração hierárquica entre homens e mulheres, de um lado, e comportamentos heterossexuais e desviantes, de outro, produz mecanismos institucionais de exclusão dos “diferentes”.

Não é difícil perceber que, na elaboração da Constituição da República de 1988, o padrão social normativo utilizado foi aquele orientado pela heterossexualidade e pela cisgeneridade. Ou seja, os sujeitos “homem” e “mulher” do texto constitucional são o homem heterossexual cisgênero e a mulher heterossexual cisgênera. Alguém pode contrapor-se à heterossexualidade imposta na CR/88, sob o argumento de que o fator de discriminação de gênero não está relacionado à orientação sexual, de modo que seria equivocado dizer que o padrão normativo é heterossexual. Todavia, se observados tanto a letra do art. 226, §3º da Constituição, quanto, sobretudo, o sentido que a esse dispositivo se emprestava, anteriormente ao julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, resta claro que o instituto jurídico da união estável pressupunha, sim, sujeitos heterossexuais, o que, por certo violava o princípio da igualdade.

A luta política por reconhecimento da diversidade e pela inclusão das pessoas gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros etc. é demasiadamente penosa. Sofrem com violências de todo tipo e, dentre elas, a institucional, aquela que parte do próprio Estado com suas limitações e seus ocultamentos. Num panorama bastante geral sobre as pessoas transgêneras, Bento (2008, p. 12) proporciona uma imagem:

Pessoas que solicitam cirurgias de transgenitalização são expulsas de casa, não conseguem estudar, não conseguem emprego, são excluídas de todos os campos sociais, entram na justiça para solicitar a mudança do nome e do sexo, enfim, um conjunto de instituições sociais é posto em ação toda vez que alguém afirma: ‘não me reconheço nesse corpo, não me identifico com o gênero imposto, quero uma cirurgia corretiva do meu sexo, não suportos esses seios que me aprisionam ao destino materno’. Essas anunciações reverberam nas instituições como sentenças proferidas por uma pessoa transtornada, sem condições de significar suas dores.

O gênero, assim, é categoria que proporciona repensar todo esse conjunto jurídico e institucional, a fim de fazer com que inclusão e diversidade caminhem juntamente com a proteção constitucional de todos. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Resta observar se assim o são realmente e quais os desafios que essa norma da CR/88 apresenta para as demais disposições.

4. Análise do uso do binarismo de gênero na constituição

Visto que o princípio jurídico da igualdade exige, para a distinção entre duas ou mais pessoas e/ou situações, não só um critério lógico inerente àquelas, mas também a correlação entre esse critério e objetivos, valores e interesses constitucionalmente prestigiados, é possível, a partir de agora, analisar as normas constitucionais que utilizam o critério de gênero como *discrímén* de tratamento entre homens e mulheres. Mais do que isso, em algumas situações será visto que o gênero é identificado com o sexo biológico, o que gera maior violação da igualdade.

Para encontrar as situações em que há referência ao gênero dos destinatários do direito, foram utilizados os seguintes termos como parâmetros para a busca no texto constitucional: gênero, marido, esposa⁹, feminino, masculino, sexo, homens, mulheres, homem, mulher, maternidade, paternidade, mãe, pai, pais, gestante, materno, grávida, amamentação, presidiário, presidiária, presidiários, presidiárias, presos, preso, trabalhadores, trabalhadora, trabalhador, empregados, empregada, empregado, segurada, seguradas, segurados, segurado. Utilizada a função do navegador da internet conforme exposto na introdução, a cada vez que o termo aparecia na busca, anotava-se sua referência constitucional e estabelecia-se a relação com o tema deste trabalho.

A partir de pesquisa na Constituição, viu-se que aqueles termos têm os números de ocorrência conforme a tabela abaixo.

⁹ Mesmo que se saiba que o termo jurídico correlato a marido seja mulher, conforme consta dos dispositivos específicos do Código Civil, utilizou-se também o termo esposa para fins de exclusão de possibilidade.

Termo	Ocorrências	Dispositivos constitucionais com <i>discrimen</i> de gênero	Dispositivos constitucionais sem <i>discrimen</i> de gênero
gênero	0	-	-
marido	0	-	-
esposa	0	-	-
grávida	0	-	-
feminino	0	-	-
masculino	0	-	-
presidiário	0	-	-
presidiária	0	-	-
presidiários	0	-	-
segurada	0	-	-
seguradas	0	-	-
empregada	0	-	-
trabalhadora	0	-	-
sexo	4	art. 5º, XLVIII	arts. 3º, IV; 7º, XXX; 201, §7º, II
homens	1	-	art. 5º, I
mulheres	1	-	art. 5º, I
homem	9	arts. 40, §1º, III, "a" e "b"; 201, §7º, I e II; 226, §3º	arts. 183, §1º; 189, parágrafo único; 201, V; 226, §5º
mulher	11	arts. 7º, XX; 40, §1º, III, "a" e "b"; 143, §2º; 201, §7º, I e II; 226, §3º	arts. 183, §1º; 189, parágrafo único; 201, V; 226, §5º
maternidade	3	arts. 6º, <i>caput</i> ; 201, II; 203, I	-
paternidade	2	art. 7º, XIX	art. 226, §7º

mãe	2	-	art. 12, I, "b" e "c"
pai	2	-	art. 12, I, "b" e "c"
pais	4	-	art. 208, §3º; 226, §4º; 229 (duas vezes)
gestante	2	arts. 7º, XVIII;201, II	-
materno	1	art. 227, §1º, I	-
amamentação	1	art. 5º, L	-
presidiárias	1	art. 5º, L	-
presos	2	-	arts. 5º, XLIX; 53, §2º
preso	7	-	arts. 5º, LXI, LXII, LXIII, LIV, LXXV; 136, §3º, I e IV
trabalhadores	14	-	arts. 7º, <i>caput</i> , inciso XXIX e parágrafo único; 8º, II;9º, <i>caput</i> ; 10; 114, III;150, VI, "c"; 186, IV; 187, <i>caput</i> ; 194, parágrafo único, VII; 201, §7º, II e §12; 206, parágrafo único
trabalhador	9	-	arts. 7º, XII, XXXI, XXXIV (duas vezes); 187, VIII; 195, II; 200, II; 201, III;227, §3º, III
empregados	3	-	arts. 11; 195, §8º; 239, §3º
empregado	3	-	arts. 8º, VIII; 201, §11; 218, 4º
segurados	5	-	arts. 109, §3º; 195, II; 201, IV e §§1º e 13
segurado	5	-	arts. 109, §3º; 201, V e §§2º e 5º; 202, §3º

Na primeira coluna, veem-se os termos pesquisados no corpo da Constituição; já na segunda, a quantidade de ocorrências deles; a terceira e a quarta colunas foram separadas pela existência ou não do fator de discrimen por gênero, ou melhor, quando se entendeu que o gênero foi utilizado na Constituição como característica relevante para se diferenciarem homens e mulheres. Na coluna em que foram postos dispositivos constitucionais em que se pode encontrar aquele fator de diferenciação entre homens e mulheres, assim se procedeu em razão de esses dispositivos preverem regulação distinta entre os gêneros. Já naquela em que se estabeleceu não haver discrimen de gênero, os dispositivos constitucionais não consideram a diferença entre homens e mulheres para sua normatividade.

Dois exemplos relacionados com a prisão podem clarificar o que foi dito. O termo “preso” aparece sete vezes na Constituição de 1988. Embora utilizado o gênero masculino para se referir à pessoa que se encontra custodiada pelo Estado, em todas as oportunidades os dispositivos constitucionais são aplicáveis tanto a homens, quanto a mulheres, assim como a pessoas cisgêneras ou transgêneras. A generalização da norma, portanto, não fere a igualdade, ou seja, qualquer que seja o gênero e a identidade de gênero da pessoa privada de liberdade, o direito constitucional está garantido de modo isonômico a todas e a todos naquelas situações normativas identificadas. Já o termo “presidiárias” ocorre uma só vez. O art. 5º, L, CR/88 garante a elas o direito a condições adequadas durante o período de amamentação. Vê-se, neste caso, que o uso do gênero feminino refere-se apenas a mulheres, e, dada a época da promulgação da Constituição, pode-se afirmar que a mulheres cisgêneras. Contudo, se se entender correta a interpretação que se faz neste trabalho, o dispositivo pode e deve garantir condições de permanência com a filha ou o filho, durante a amamentação, também a homens transgêneros, em obediência à igualdade.

Desse modo, não é especificamente o uso do gênero masculino ou feminino no texto constitucional que define se há ou não ferimento da

isonomia, mas o emprego de uma característica tida como essencial no homem e na mulher, sobretudo cisgêneros, para promover a distinção de aplicação da norma constitucional. Seguem, assim, observações acerca dos dispositivos apontados na tabela acima que utilizam o *discrîmen* de gênero para desigualar as pessoas.

O já mencionado art. 5º, XLVIII – brevemente abordado no item sobre o princípio da igualdade – dispõe que o sexo do apenado deve ser levado em conta para se definir o estabelecimento de cumprimento da pena. Aqui há um exemplo de previsão constitucional em que o *discrîmen* de gênero é utilizado. Na verdade, conforme dito acima, é muito provável que o fator de *discrîmen* seja o sexo, identificado a gênero. Em abstrato, o dispositivo não ofende o princípio da igualdade, visto que estabelece a separação dos apenados pelo gênero, com o objetivo de segurança e manutenção da integridade física dos presos, sobretudo das mulheres. Porém, quando a realidade de pessoas trans e travestis sentenciadas se apresenta ao operador do Direito, a situação pode trazer dificuldades. Isso porque, desrespeitada a identidade de gênero delas, é possível mantê-las em estabelecimentos penitenciários inadequados, permitindo a violência contra elas, o que, obviamente, se mostra o contrário do que a Constituição tutela. Em recente decisão, o ministro Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal (STF), concedeu ordem em *habeas corpus* (HC 152.491) para transferir duas travestis para estabelecimento condigno à sua identidade de gênero – embora o ministro tenha utilizado a expressão “orientação sexual”.

Além disso, também no STF, tramita a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 527 (ADPF 527), pela qual a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros pretende que o Supremo promova interpretação conforme a Constituição da Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD) 1/2014. O pedido da ação, formulado e aditado, consiste em que se determine que mulheres trans cumpram suas penas em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino e que aspresas

travestis, que se identificam com o gênero feminino, optem por cumprir a pena no estabelecimento prisional do gênero que entenderem mais adequado. Sem se levar em conta a atualidade da compreensão do gênero, o dispositivo fere a igualdade, razão por que a ADPF, conforme entendimento exposto neste texto, merece julgamento de procedência.

Outro dispositivo constitucional que utiliza o gênero como fator de discrimen é o art. 7º, XX, que dispõe sobre o incentivo à proteção do mercado de trabalho da mulher. Assim como em outros temas na Constituição, é provável que o termo “mulher” aqui se relacione à mulher cisgênera. A dificuldade da mulher, cis ou trans, de enfrentar o mercado de trabalho em condições de concorrência justa com homens, cisgêneros, é evidenciada por estudos os mais diversos. Segundo pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2018) intitulada “Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil”, mulheres se dedicam 73% mais horas do que os homens aos cuidados e/ou afazeres domésticos, recebem menos do que os homens no mercado de trabalho (86,7%) e trabalham em tempo parcial fora de casa, em média, o dobro do que os homens. Outros dados podem ser observados naquela pesquisa, os quais sustentam a necessidade de se estabelecer um tratamento diferencial em benefício das mulheres no mercado de trabalho, sejam elas cisgêneras, sejam elas, e, em razão do preconceito que podem sofrer, transgêneras. Desse modo, o art. 7º, XX, CR/88, embora utilize o gênero como fator de discrimen de tratamento entre homens e mulheres, não ofende, em um primeiro momento, o princípio da igualdade. Contudo, caso sua leitura seja guiada pela heteronormatividade e pela cisgeneridade, o resultado pode ser de discriminação arbitrária contra mulheres transgêneras.

Em relação aos termos maternidade, paternidade, gestante, materno e amamentação, vê-se que todos se relacionam com funções tradicionalmente – mas não naturalmente – percebidas pela diferenciação do gênero. De fato, se se levar em consideração a possibilidade de homens trans engravidarem, os dispositivos constitucionais referentes àqueles termos ferem o princípio da igualdade, conforme a seguir se argumenta.

Quanto ao termo maternidade, que aparece nos arts. 6º, *caput*; 201, II; e 203, I, vê-se que se refere sempre à proteção à maternidade no âmbito dos direitos sociais, especialmente da previdência e da assistência sociais. Em abstrato, nenhum desses dispositivos fere o princípio da igualdade, pois que toda e qualquer pessoa que se encontrar grávida e tornar-se “mãe” tem a tutela da Constituição. Todavia, na concretude dos fatos da vida, o vocábulo maternidade pode provocar dificuldades a homens trans que permaneceram com seu aparelho reprodutivo feminino. É provável que esses homens, ao engravidarem e darem à luz, vão se identificar como “pais” e não como “mães”, haja vista a identidade de gênero masculina. Se uma leitura exclusivamente literal for feita dos dispositivos em questão, a aplicação da Constituição aos casos de homens trans grávidos ou parturientes pode gerar situação de desamparo normativo e, portanto, de exclusão da tutela do próprio texto constitucional. A agressão à igualdade de tratamento em relação a mulheres cisgêneras grávidas e parturientes se mostra, então, clara.

Já em relação ao termo gestante, que se apresenta nos arts. 7º, XVIII e 201, II, da CR/88, o raciocínio não pode ser o mesmo do utilizado acima. Aqui, pelo uso do artigo definido “a”, na construção “à gestante” contida em ambos os dispositivos, verifica-se o uso do *discrimen* de gênero que evidencia quebra na igualdade. Se ordinariamente mulheres cisgêneras são as que engravidam, não se pode negar que homens transgêneros também podem gerar uma vida intrauterina, razão porque o termo “gestante”, na Constituição de 1988, deve ser interpretado como qualquer pessoa que engravide, sem observação do gênero com o qual ela se identifique. Não realizado esse processo de entendimento, segue-se, inevitavelmente, para o ferimento do princípio da igualdade.

Por sua vez, as licenças maternidade e paternidade também levam em conta o gênero para distinguir o prazo de cada um desses direitos. Enquanto para a mãe são previstos 120 dias de licença do trabalho, para o pai o período é de cinco dias. Aqui cabe o que se disse sobre o caso de homens trans que tenham dado à luz uma criança; se são pais, a dificul-

dade de se obter a licença maternidade, como base em uma leitura literal e anacrônica da Constituição, será experimentada por eles.

Além desse ponto, outra questão se torna importante em relação às licenças de pais e mães, cisgêneros e transgêneros. A maior duração da licença maternidade relaciona-se a uma tradicional compreensão de que a criança, nos primeiros meses de vida, precisa dos cuidados maternos, razão por que os pais, cisgêneros, podem auxiliar no que for preciso em cinco dias e logo voltar às atividades laborais fora de casa. Esta situação, como se sabe, prejudica a contratação de mulheres em período fértil da vida, pois que empregadores já contam com a possibilidade de terem de contratar outra pessoa para desenvolver as atividades daquela que se encontra em gozo da licença maternidade. Para tentar alterar esse quadro, alguns esforços ao redor do mundo têm sido feitos, como é o caso da licença parental, que se inicia um tempo após a licença maternidade, a fim de que ambos, pai e mãe¹⁰, possam retirar-se do trabalho e dedicar-se às atividades de cuidado com a criança. De acordo com o relatório da Organização Internacional do Trabalho (ADDATI *et. al*, 2014, p. 61),

esforços para promover a igualdade de gêneros, tanto no mercado de trabalho, quanto na prestação de cuidados, levaram a soluções de políticas públicas que encorajam a aceitação dos homens e a divisão de licenças parentais, enquanto mantêm a posição de mães e pais no mercado de trabalho. Medidas políticas para melhorar as taxas de aceitação dos homens e a participação geral da licença parental incluem compensação adequada durante a licença, alocação de prazos definidos da licença parental como individuais e não transferíveis, em vez de direitos compartilhados, e aumento da flexibilidade com que as licenças podem ser tiradas. Locais de trabalho que valorizam o envolvimento dos pais nas responsabilidades familiares também são essenciais (tradução livre)¹¹.

¹⁰ Neste ponto, cabe afirmar que, mesmo a licença parental é informada pela heteronormatividade. Porém, traduzida da expressão inglesa “parental leave”, que significa licença de pais sem se levar em conta o gênero, a licença parental é exercida pelas pessoas responsáveis diretamente pela criança, sejam dois pais, duas mães, sejam cisgêneros ou transgêneros.

¹¹No original: “Efforts to promote gender equality both in the labour market and in caregiving have led to policy solutions that encourage men’s take-up and share of parental leaves while maintaining both mothers’ and fathers’ attachments to the labour market. Policy measures to improve men’s take-up rates and overall share of parental leave include adequate compensation during leave, allocating defined portions of parental leave as individual and

Assunto de especial interesse quando se pensa a discriminação de gênero na CR/88 é o constante do art. 143, §2º, que dispõe que as mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir. O tema da mulher nas forças armadas fez parte de estudo intitulado “Situações extraordinárias – a entrada de mulheres na linha de frente das Forças Armadas brasileiras” (IGARAPÉ, 2017), que discutiu a posição das mulheres nas áreas de combate. Segundo o trabalho (IGARAPÉ, 2017, não paginado),

O primeiro país a regulamentar a entrada de mulheres em posição de combate foi a Noruega. Desde 1985, mulheres podem escolher qualquer atividade nas Forças Armadas norueguesas. O país foi também o primeiro a estender a conscrição obrigatória a mulheres que, desde 2015, ingressam no serviço militar obrigatório.

Vê-se que a possibilidade de as mulheres estarem em serviço militar obrigatório e em linha de frente nas Forças Armadas não é algo relacionado a qualquer tipo de naturalização da força física, do porte corporal, de funções da divisão do trabalho, mas se refere a construções sociais e culturais que definem papéis a cada um dos gêneros na guerra. É como afirmado naquele mesmo estudo (IGARAPÉ, 2017, não paginado):

a entrada das mulheres nas armas de combate nas Forças Armadas gera diferentes interpretações sobre o impacto que essa mudança provocará tanto na instituição Força Armada quanto na operacionalidade das atividades militares. Embora esse processo seja muito recente no Brasil, em outros países ele já vem ocorrendo há algum tempo. Apesar disso, o debate é ainda carregado de estereótipos sobre o papel da mulher e sobre a sua capacidade de atuar em um ambiente visto majoritariamente como “masculino”. De forma geral, aceita-se amplamente que as mulheres têm um papel a desempenhar nas forças, geralmente em áreas como logística e administração e até mesmo apoio ao combate. Mas essas funções, de certa forma, reforçam estereótipos e

excluem as mulheres do principal caminho para ascender a posições de poder.

Neste ponto do serviço militar obrigatório, ainda, importante perceber que o Ministério da Defesa afirmou, em resposta a consulta formulada pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, que homens trans com até 45 anos de idade devem se alistar para o serviço militar em uma das Forças tão logo seu registro civil seja alterado (CONJUR, 2018). Como se vê, a heteronormatividade e a cisgeneridade em relação às Forças Armadas são as normas regentes dessa atividade do Estado, situação em que o princípio da igualdade pode vir a ser violado.

Finalmente, dispositivos constitucionais que deixam evidente o critério de gênero como fator de discrimen entre homens e mulheres são aqueles relacionados à aposentadoria – arts. 40, §1º, III, “a” e “b”, e 201, §7º, I e II. Prazos de contribuição e idades para se obter o benefício previdenciário são desiguais em relação ao gênero da pessoa. Para mulheres, há uma diminuição de cinco anos em relação aos homens e essa redução se justifica, segundo um argumento, em razão da divisão de trabalho existente entre os gêneros, como visto acima quando se abordaram os temas da proteção do mercado de trabalho da mulher e da licença parental. Em estudo sobre os direitos das mulheres pós-1988, o Centro Feminista de Estudos e Assessoria, Almira Rodrigues e Iáris Côrtes (2006, p. 29) afirmaram que

[o]s movimentos de mulheres sustentam que a diferença se justifica à medida que as tarefas domésticas e o cuidado das crianças ainda recaem sobre as mulheres: que o Estado não assume a oferta de equipamentos de educação infantil, bem como outros equipamentos a exemplo de restaurantes populares e lavanderias públicas o que poderiam aliviar a dupla jornada das mulheres; e que, no âmbito privado, os homens não dividem as tarefas domésticas com as mulheres.

Como se vê, a construção social de papéis relacionados aos gêneros masculino e feminino fomenta o tratamento desigualador por parte da

Constituição em relação à aposentadoria de uns e outras, tendo em vista uma realidade. A proteção da mulher contra os prejuízos que essa diferenciação de funções pode causar é justificada, visto que, enquanto não se alcançar um estado de equiparação entre homens e mulheres na vida social, a norma jurídica poderá promover distinção de tratamento para compensar as situações de discriminação arbitrária. Resta, porém, a observação de que, também neste caso da aposentadoria, para que se tenha a intenção de prestigiar o princípio jurídico da igualdade, mulheres transgêneras devem receber o mesmo tratamento constitucional que as mulheres cisgêneras.

Uma última observação é necessária. De acordo com o explicado na introdução, a busca realizou-se no texto constitucional e, por isso, não foi consultado para os objetivos deste trabalho o texto do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Não obstante, dispositivo importante do ADCT, cuja relação com este artigo se mostra evidente, é o art. 10, que prevê a vedação à dispensa arbitrária ou sem justa causa “da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto” (inciso II) e o prazo da licença paternidade de cinco dias, até que lei discipline o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição da República de 1988. Pelo critério adotado neste trabalho, ambos os dispositivos ferem a isonomia, visto que, no primeiro, a menção à gestante, utilizando-se o gênero feminino, pode colocar fora da aplicação do inciso II homens transgêneros grávidos. Já a previsão da licença paternidade de cinco dias relaciona-se com o que fora dito acima acerca da licença maternidade e licença parental.

5. Considerações finais

Normas jurídicas são positivadas em um tempo e um espaço específicos. A suposta perenidade delas reclama das pessoas que sob seus comandos vivem a percepção de que ou se modificam formalmente as disposições dos textos normativos, ou se as adequam às novas realidades sociais, econômicas, culturais que, ao longo do tempo, vão se alterando.

No Estado Democrático de Direito brasileiro articulado com tantos princípios e objetivos de elevada hierarquia jurídica, não é possível admitir que a exclusão, a opressão e a discriminação arbitrária sejam sustentadas por normas constitucionais, que devem se harmonizar entre elas. A Constituição é um todo integrado, cujas disposições precisam ser interpretadas levando-se em conta as tensões entre suas regras e seus princípios, sempre em busca da maior e mais geral proteção das pessoas sob ela sujeitas. A igualdade é, conforme a própria CR/88, um valor supremo e deve, então, reger de modo bastante particular a interpretação das normas constitucionais.

Além disso, deve-se considerar que, também na interpretação constitucional, o estorvo quanto à inclusão da diversidade nas normas jurídicas vem da dificuldade nas lutas políticas e nas tomadas de decisão estatais por parte de minorias. A baixa participação de mulheres nos Poderes constituídos, além da quase nula representação de pessoas transgêneras nos âmbitos institucionais são circunstâncias que prejudicam a possibilidade de transformações desse estado de coisas que impõe a heteronormatividade e a cisgeneridade como normas sociais e jurídicas. Obviamente, não se negam algumas vitórias das pessoas não heterossexuais e das pessoas transgêneras, mas muito ainda há de ser conquistado para que a igualdade leve em conta o pluralismo de vidas existente na sociedade brasileira.

Conforme visto no item em que se realizou a análise de dispositivos constitucionais, embora haja situações em que, a princípio, o gênero não é utilizado como fator de discriminação entre homens e mulheres, cisgêneros e transgêneros, a leitura da Constituição sem a devida atenção à atualidade da questão do gênero pode implicar tratamento discriminatório arbitrário e desigualador entre duas ou mais pessoas que se encontrem na mesma situação.

Existem, é certo, circunstâncias em que a diferença entre os gêneros ainda merece ser mantida, como é o caso dos prazos e idades para aposentadoria. Contudo, há de se verificar, também nessa situação, que a

discriminação não fere a igualdade enquanto perdurar a contingência que a justifica. Quer-se dizer que se, no transcorrer do tempo, houver alteração do estado fático de desigualdade entre homens e mulheres cisgêneros e transgêneros, tornando as condições sociais, culturais e econômicas mais condizentes com a isonomia, as relações jurídicas hão de acompanhar essas mudanças. A desigualdade jurídica compensatória só se mostra justa à medida que pessoas se encontrem em diferentes posições.

A Constituição da República de 1988 completa 30 anos de sua promulgação. Desde então muitos conflitos políticos, muitas lutas ideológicas, inúmeros eventos históricos, locais e globais, produziram mudanças que não mais se encaixam nas linhas do texto constitucional. A realidade social, mais dura do que a lei, propõe à Carta Cidadã mais cidadania.

6. Referências

ADDATI, Laura; CASSIRER, Naomi; GILCHRIST, Katherine. **Maternity and paternity at work: law and practice across the world**. International Labour Office. Geneva: ILO, 2014. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_242615.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

ARAÚJO, Marinella Machado. A proteção das mulheres: direitos com força normativa ou simbólica?. In JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coords.). **Direito à Diferença**: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 311-325.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BENTO, Berenice Alves de Melo. **O Que é Transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html/constituicao-da-republica-federativa-do-brasil_texto-atualizado>. Acessos em: 28 jun. 2018.

BUTLER, Judith. **Deshacer el Género**. traducción de Patricia Soley-Beltran. Barcelona: Paidós, 2006.

CONSULTOR JURÍDICO (CONJUR). **Homem trans de até 45 anos precisa se alistar nas Forças Armadas após mudança. 2018**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-30/homem-trans-45-anos-alistar-forcas-armadas>>. Acesso em 23 jul. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil. 2018**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=resultados>>. Acesso em 15 jul.2018.

INSTITUTO IGARAPÉ. **Situações extraordinárias - a entrada de mulheres na linha de frente das Forças Armadas brasileiras. 2017**. Disponível em: <<https://igarape.org.br/mulheres-forcas-armadas/pt/>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

LOPES, Laís. O que é o gênero?. In: RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá; BRENER, Paula Rocha Gouvêa. **Gênero, Sexualidade e Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Initia Via, 2016. p.19-33.

MOREIRA, Adilson José. **O Que é Discriminação?**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**, v. 20, n. 2, jul./dez. 1995. p. 71-99.

STANSELL, Christine. O poder e as mulheres. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. (orgs.). **Democracia**. tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 345-351.

O neoconstitucionalismo e a proteção dos direitos e garantias fundamentais a identidade de gênero da pessoa transexual

*Flávio Marcos de Oliveira Vaz*¹

*Fabrcio Veiga Costa*²

1. Introdução

O Direito se adapta com o decorrer dos tempos. Trata-se de um reflexo social, em que não se pode ignorar as constantes mudanças, situações e novos direitos que surgem todo o tempo. Isso acaba por interferir diretamente na legislação, uma vez que os Códigos já promulgados não mais tutelam todos os direitos, pensados e publicados noutra época e, portanto, tendo eficácia por tempo limitado, sendo necessárias diversas atualizações no decorrer de ocasiões. Não se pode generalizar que o Direito posto na Constituição de 1988 protege a todos no atual contexto social, tendo em vista se tratar de uma carta publicada em outro contexto. Ao longo destes 30 anos, boa parte do cenário social já se alterou, ensejando evoluções da constituição brasileira de 1988.

Várias foram as tentativas de dar interpretação à norma constitucional ao longo dos anos, como por exemplo, o casamento não ser

¹Graduado em Direito. Advogado atuante nas áreas de família e consumidor. Advogado do Núcleo de Prática Jurídica. Especialista em Direito Administrativo. Especialista em Direito Civil. Professor Universitário. Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna.

² Pós-Doutor em Educação pela UFMG. Doutorado em Direito Processual pela PUCMINAS, Mestrado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialização em Direito Processual pela PUCMINAS, Direito de Família pela PUCMINAS e Direito Educacional pela PUCMINAS Professor permanente do programa de pós-graduação *stricto sensu* em proteção dos direitos fundamentais da Universidade de Itaúna.

exclusivo para homem e mulher, mas de pessoas, o que inclui pessoas do mesmo sexo, dando uma nova interpretação ao artigo 1.514 do Código Civil. A nova interpretação do dispositivo confere certa segurança jurídica, de forma a firmar para qualquer cidadão a garantia do seu direito. Isto decorre em razão da desatualização da norma, uma vez que o legislador não verificou sua aplicabilidade além da realidade existente quando da sua aplicação. Em contrapartida, o jurista que interpreta a norma pode acabar por cultivar certa subjetividade à mesma, de modo que a mencionada *proteção* caminhe por lados obscuros.

Vale frisar que a discussão em torno do neoconstitucionalismo não é consensual entre juristas, não havendo unanimidade sobre o modo de aplicação no judiciário, incorrendo noutra discussão sobre a usurpação de poderes (legislativo, executivo e judiciário), quando tem-se por exemplo o Judiciário criando leis, enquanto a função cabe ao legislativo, poder este que é decorrente da vontade do povo.

Tendo em vista a interpretação da norma de modo a garantir a sua aplicabilidade, além da base principiológica e como base a Constituição Federal, é que surge a necessidade de se discutir questões relacionadas a um determinado grupo em específico: os transexuais. A minoria aqui tratada, por inúmeras vezes sofre por ter os seus direitos tolhidos e não aplicados.

Quando se articula que os transexuais têm os seus direitos tolhidos, fala-se da quebra do princípio da dignidade da pessoa humana, pois que, não são respeitadas sua integridade física e moral. Leva-se em conta um contexto anterior até a chegada da estrutura dos seus direitos em si, como o processo psicológico de identificação do gênero, os obstáculos enfrentados pelo cidadão como o preconceito na escola, na família, nos órgãos públicos e privados, até um estágio de aceitação social.

O transexual, para garantir a adequação do seu gênero com sua identidade, deveria recorrer à justiça para ter assegurado o seu direito de usar o nome social e, conseqüentemente, a validade dos atos civis, em decorrência da utilização do novo nome, fato que já não é mais necessá-

rio dada a decisão da ADI 4275, ocorrida em 2018 no Supremo Tribunal Federal. Insta salientar que, apesar da decisão favorável, o preconceito ainda parece longe do fim, o que acaba por ensejar a discussão de outra problemática, que é desconhecimento de causa pela sociedade e a prevalência do senso comum.

A violência contra os transexuais faz com que o Brasil fique entre os países mais violentos contra o cidadão nestas condições (O TEMPO, 2017). Não existe, ainda, nenhuma lei que regulamente o crime em razão do gênero, e todas as tentativas de tratar a questão é restrita por governos conservadores, omissos quanto aos direitos e garantias dessa minoria. Em razão desta discussão, tem-se a necessidade de dar à norma constitucional uma interpretação que abranja e inclua todo e qualquer cidadão que se encontre nessa situação. É aqui, então, que se evoca o neoconstitucionalismo, centralizando em debate o subjetivismo das interpretações como problemática.

2. A interpretação constitucional da norma infraconstitucional.

A Constituição Federal de 1988 abrange todos os direitos em seus artigos, como o Penal, Administrativo, Tributário, Civil, entre outros, bem como é a base principiológica de todo o ordenamento pátrio, sendo superior a toda e qualquer norma. E dentro deste contexto, tem-se as normas infraconstitucionais, onde sua interpretação será dada em conformidade com a Carta Magna de 1988, sendo atualmente denominado por alguns autores como uma forma de filtragem constitucional. Somente aquilo que é considerado relevante para a sociedade, será objeto de discussão em plenário.

Segundo Luíz Roberto Barroso:

A Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve

ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores consagrados. (BARROSO, 2014, p. 211).

O jurista segue dizendo que “a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão da Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional” (BARROSO, 2014, p. 212).

Nota-se que toda e qualquer norma infraconstitucional, para ter a sua validação, deve estar de acordo com a norma constitucional. O artigo 102 da Carta Magna assevera que a sua “guarda” compete ao Supremo Tribunal Federal, cabendo ao Poder Judiciário interpretá-la.

Contudo, a interpretação constitucional, não é ato exclusivo do Supremo Tribunal Federal.

A atividade interpretativa se processo, em grande parte, por meio de um diálogo permanente entre corte constitucional, outros órgãos do Judiciário, Parlamento, governo, comunidade de cidadãos, entidades da sociedade civil e academia. Há também interpretação constitucional fora dos processos judiciais, como, por exemplo, na atividade desempenhada quotidianamente pelo Legislativo e nos debates travados por diferentes atores sociais na esfera pública informal. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 403).

Seguindo o raciocínio, os juristas expõem que:

A abertura pluralista da interpretação constitucional não se limita à ampliação dos participantes no processo constitucional. Essa abertura importa no reconhecimento de que a Constituição é interpretada e concretizada também fora das cortes, e que o seu sentido é produzido por meio de debates e interações que ocorrem nos mais diferentes campos em que se dá o exercício da cidadania. Essa possibilidade de interpretação constitucional fora das cortes é vital para a legitimação democrática da empreitada constitucional. O cidadão e os movimentos sociais devem ter sempre a possibilidade de lutar, nos mais diversos espaços, pela sua leitura da Constituição, buscando aproximar as práticas constitucionais do seu ideário político e de suas utopias. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 404).

Vê-se que a norma constitucional deve ser interpretada também segundo o movimento social, o que vem modificando ao longo dos anos, surgindo novas situações as quais o Direito não pode ignorar, estando a bater à porta do Judiciário, em busca de uma solução. Frisa-se que as modificações sociais necessitam de um trabalho em conjunto de todos os Poderes, o que não ocorre na prática, pois que, a função da criação de uma norma compete a um poder e sua aplicabilidade a outro, de forma a atender as demandas sociais.

Nesse diapasão, a interpretação constitucional norteia-se a partir de um estudo prévio acerca dos fatos e o modo de sua introdução, de forma a proteger o direito tutelado, e conseqüentemente a sua aplicação nas demais esferas. Logo, o Poder Legislativo não pode delongar sobre as temáticas sociais existentes e sem amparo legal, devendo o mais breve possível criar textos legais de forma a termos o processo constitucional amplamente assegurado.

A afirmação de uma certa concepção de Constituição (neste caso, neoconstitucionalista) determina certas exigências e técnicas interpretativas (como por exemplo a ponderação de valores) que se convertem em uma prática social e assim contribuem para redefinir ou reconfigurar o objeto interpretado (a Constituição) (DUARTE, 2010, p. 79).

Interpretar a Constituição sob o prisma do subjetivismo acarreta também a agregação de valor moral. A Carta Magna não pode e nem deve ser interpretada de acordo com valor moral de um ou outro jurista, mas analisada sob o prisma de uma pluralidade de direitos e garantias de forma a assegurar a dignidade de todos os cidadãos.

Sobre a aplicabilidade de valores morais nas decisões judiciais, Barroso esclarece que:

Além dos problemas de ambiguidade da linguagem, que envolvem a determinação semântica de sentido da norma, existem também, em uma sociedade pluralista e diversificada, o que se tem denominado de desacordo moral razoável. Pessoas bem-intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação

possível. Cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas, por vezes contrapostas, de acordo com a pré-compreensão do intérprete. Esse fenômeno se revela em questões que são controvertidas em todo o mundo, inclusive no Brasil, como, por exemplo, interrupção de gestão, união homoafetivas, em meio a inúmeras outras. Nessas matérias, como regra geral, o papel do direito e do Estado deve ser o de assegurar que cada pessoa possa viver sua autonomia da vontade e suas crenças. Ainda assim, inúmeras complexidades surgem, motivadas por visões filosóficas e religiosas diversas. (BARROSO, 2014, p. 261).

Logo, situações que não estão claras e cristalinas na Constituição e carecem de uma interpretação, precisam de uma releitura do magistrado, de forma a assegurar a tutela de Direitos pleiteados. Segundo Barroso: “sua atuação terá de se valer da filosofia moral e da filosofia política” (BARROSO, 2014, p. 262).

Insta salientar que o poder na mão do Juiz pode acarretar um favorecimento para grupos e classes, caso o mesmo aplique a norma segundo os seus preceitos e valores, principalmente em se tratando de um histórico de corrupção e favorecimento de decisões, vigente no atual Poder Judiciário. Fato é que, se o Magistrado justapõe a norma, interpretando-a de acordo com a Constituição, sem a interferência de outros fatores, ocorreria uma aplicabilidade imparcial da lei, princípio basilar nas relações jurídicas, na qual “o juiz não pode ter interesse pessoal em relação às partes em litígio e nem tirar proveito econômico do litígio” (PORTANOVA citado por MAX).

Muitas são as formas de interpretação da Constituição e os meios de aplicação. Contudo, o que se vê é um subjetivismo por parte do julgador, o que acarreta em haver várias decisões decorrentes de interpretações diversas de uma única norma. Consequentemente, tem-se uma latente insegurança jurídica, o que não deve ser permitido dentro do ordenamento pátrio.

2. O papel do neoconstitucionalismo e a polêmica sobre a sua aplicabilidade.

Quando o assunto é neoconstitucionalismo, não há um consenso entre os juristas. Contudo, para os adeptos desse instituto, como Luís Roberto Barroso, o neoconstitucionalismo é tido como (superficialmente) uma transformação do direito constitucional. E considerado como o Direito Constitucional moderno, onde nenhum Direito fica sem ser resguardado ou oculto.

No Brasil, o neoconstitucionalismo surgiu juntamente com entrada em vigor da Constituição de 1988. De acordo com Barroso:

Historicamente, no Brasil, o renascimento do Direito Constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito. Mais que isso: a carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade da história republicana do país. (BARROSO, 2014, p. 191).

Indo além, sobre as mudanças trazidas pelo neoconstitucionalismo, PEREIRA, expõe que:

O neoconstitucionalismo envolve simultaneamente mudanças no tipo das constituições e dos correspondentes arranjos institucionais e alterações na teoria jurídica subjacente. Ele está associado a diversos fenômenos reciprocamente implicados, seja no campo empírico, seja no plano da dogmática jurídica, que podem ser assim sintetizados: a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico, como a ponderação, típica teorias da argumentação etc.; c) constituicionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; d) reapro-

ximação entre o Direito e a Moral; e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 202).

Vê-se que o neoconstitucionalismo tentar abranger todas as normas que muitas das vezes são interpretadas tão somente com a base principiológica dentro do ordenamento. Mas a base principiológica jurídica é concebida em conformidade com a legislação, tendo como seu ponto de partida, e logo a sua aplicação no mundo jurídico.

No que tange essa nova roupagem da Constituição, POZZOLO deixa claro que:

A Constituição, definitivamente, não é mais pensada como limite e garantia da atividade política, mas sim, como direção de meta o legislador; a Constituição não tem mais a tarefa de preservar o mais alto grau de legalidade, mas, sim, aquela de remodelar as relações sociais segundo uma concepção determinada de bem. (...) Por um lado a Constituição é moldura e garantia, o seu conteúdo se declina positivamente ou se concretiza por meio do livre debate entre as forças políticas, com respeito a alguns limites. Por outro, a Constituição é endereço vinculante, é um ordenamento de valores objetivos, estruturados e dominantes para o desenvolvimento da legislação. (DUARTE; POZZOLO, 2010, p. 92).

Logo, a garantia constitucional de que as transformações ocorridas na esfera social, quando suprimidas em razão de omissão legislativa, encontrarão amparo na norma maior, através de uma interpretação. Insta salientar que a aludida interpretação deverá ser precedida de um estudo prévio sobre a consequência jurídica da interpretação na esfera social; se realmente a omissão, quando interpretada pelo legislador, vai atingir a sua finalidade, que é assegurar o Direito do cidadão, e não somente beneficiar quem esta julgando.

Fato é que, a Constituição de 1988, tentou assegurar todas os Direitos fundamentais, bem como, legislou sobre todas as esferas jurídicas, como a organização dos poderes e o seu modo de aplicabilidade. Apesar

de serem publicadas diversas emendas, o legislador tentou elaborar uma Constituição que abrangesse toda e qualquer temática.

Nesse diapasão, todas as temáticas propostas pela Constituição, demonstram uma segurança jurídica para todo o território que vai ter eficácia a sua aplicabilidade. DUARTE e POZZOLO, esclarece que:

O quadro institucional no qual se insere a elaboração neoconstitucionalista é aquele das democracias constitucionais, caracterizadas pela positivação de uma Constituição longa e densa, que compreende, além das regras de organização do poder, também um mais ou menos extenso catálogo de direitos fundamentais. Essas Constituições evidenciam a adesão a um ideal de direitos e consolidam a idéia de que um sistema político justo deve respeitar os direitos fundamentais. (DUARTE; POZZOLO, 2010, p. 79).

Em razão da eficácia da norma constitucional, e a interpretação de normas infraconstitucionais, o neoconstitucionalismo vem para dar uma nova roupagem para o então Direito Constitucional, de forma que a Carta Magna sempre esteja de acordo com o cenário social atual. Sobre o fenômeno do neoconstitucionalismo, DUARTE e POZZOLO, assevera que:

O neoconstitucionalismo, portanto, afirma o arcaísmo do positivismo jurídico, não por razões internas a esse, mas sim porque, como um antigo instrumento de revelação científica, uma vez aceita a maior complexidade do fenômeno que devia analisar, também aceita, portanto, a sua imprecisão e ineficiência descritiva, e vem substituído por instrumentos mais atualizados e sofisticados, resultantes da evolução científica. Em suma, o argumento neoconstitucionalista sustenta que, dada a diversa natureza do objeto “direito positivo”, a sua maior complexidade no âmbito do Estado Constitucional (em relação ao Estado de Direito), o instrumento “positivismo jurídico” deve ser substituído porque obsoleto. (DUARTE; POZZOLO, 2010, p. 88).

Pode-se perceber que com a contemporaneidade constitucional, além dos direitos individuais e políticos resguardados pela ordem máxima, tem-se uma gama de temas das mais diversas esferas que até então não se discutiam, com respaldo em uma norma constitucional. Com essa possibilidade de interpretação, ao lado dos direitos políticos e individuais,

caminham juntos os direitos fundamentais, o que acaba por influenciar fortemente o conteúdo das decisões judiciais. Para melhor elucidar a questão, se um indivíduo gay quer ter reconhecida sua união civil com o seu companheiro, o mesmo terá no Cartório de Registro Civil o reconhecimento jurídico de tal Direito, e todos os seus efeitos.

Posto isto, mesmo se ocorrer a interpretação de uma norma constitucional, o que se tem é que esse processo nunca terá um capítulo final, pois que acompanha todo o desenvolvimento social. Várias situações estão a surgir, não havendo um ponto final sobre a interpretação da norma constitucional. SOUZA NETO e SARMENTO, quando da busca constitucional de aplicação para norma infraconstitucional, dizem que:

A constitucionalização do Direito, não se esgota no tratamento constitucional de temas anteriormente disciplinados pela legislação ordinária. Mais que isso, ela envolve a filtragem constitucional do Direito, vale dizer, a interpretação de todas as normas à luz da Constituição, buscando-se sempre a exegese que mais prestigie os seus valores e promova os seus objetivos. Parte-se da premissa de que a irradiação das normas constitucionais por todo o ordenamento contribui para aproximá-lo dos valores emancipatórios contidos nas constituições contemporâneas. Como boa parcela das normas mais relevantes destas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semânticas – são, em grande parte, princípios e não regras – a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de uma nova hermenêutica jurídica. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 203).

Uma crítica ao neoconstitucionalismo se funda no que os juristas denominam de protagonismo do Poder Judiciário, que ocorre quando o Judiciário acaba por julgar, legislar e aplicar as leis. Não cabe ao Juiz decidir sobre assuntos que podem influenciar na sociedade, uma vez que magistrados não foram eleitos pelo povo para decidir sobre tais questões, estando o magistrado “exercendo” a função que compete ao Poder Executivo.

Indo além, quando se menciona sobre a aplicabilidade do neoconstitucionalismo, verifica-se a grande influência dos princípios de Direito, pelos quais o magistrado se norteia para analisar casos que não estejam

diretamente previsto na Constituição. Nota-se a força da base principiológica no ordenamento e sua força vinculante.

Ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social, o neoconstitucionalismo abre as portas do Direito para o debate moral. No paradigma neoconstitucionalista, a argumentação jurídica, apesar de não se fundir com a Moral, abre um significativo espaço para ela. Por isso, se atenua a distinção da teoria jurídica clássica entre a descrição do Direito como ele é, e prescrição sobre como ele deveria ser. Os juízos descritivo e prescritivo de alguma maneira se sobrepõem, pela influência dos princípios e valores constitucionais impregnados de forte conteúdo moral, que conferem poder ao intérprete para buscar, em cada caso difícil, a solução mais justa, no marco da ordem jurídica vigente. Em outras palavras, as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, mas elas se tornam mais tênues e porosas, à medida que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de Justiça, que passam a ser considerados normas vinculantes. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 204).

Nota-se a profunda mudança no contexto constitucional, a partir de um novo estudo dos dispositivos magnos. Frisa-se que a mudança abarca tão somente a possibilidade de uma nova hermenêutica constitucional, de forma a não haver conflitos entre os pontos ali expostos com as situações que precisam de um horizonte constitucional.

É certo que o modelo do Estado de Direito Constitucional impõe uma profunda mudança no sistema das fontes, subordinando a lei a critérios formais e materiais de validade, mas essa mudança se intensifica de acordo com o modo em que se concebe a mesma Constituição. Adotando uma concepção prescritiva, a Constituição não é somente a norma em grau jurídico – hierárquico mais elevado, mas também constitui a norma axiológica suprema. Desse modo, a Constituição não exige somente o seu respeito, não é somente um vínculo negativo para o legislador, mas também impõe o seu desenvolvimento ou a sua declinação positiva. As Constituições contemporâneas se caracterizam por uma força permeável intrínseca e geral que, unida a uma concepção prescritiva, implica a adequação do ordenamento (em sentido positivo, não somente de respeito) aos princípios ali expressos. A lei, portanto,

não pode mais ter qualquer conteúdo, mas, sobretudo, o direito não se exaure na lei. (DUARTE; POZZOLO, 2010, p. 91).

Em torno da polêmica que envolve o neoconstitucionalismo, vê-se que a proposta de tal instituto inicialmente é adequada quando se fala em uma interpretação da norma de forma a não deixar qualquer direito não diretamente posto na constituição, sem um amparo legal. Contudo, a aplicabilidade do princípio da imparcialidade, em tese, deveria caminhar junto, uma vez que caberia ao magistrado, sem subjetivismo, interpretar a norma, em conformidade com a Constituição.

A Constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais. (BARROSO, 2014, p. 234).

Há de se ressaltar também, que o neoconstitucionalismo deveria ser um elo entre os poderes. Se determinada temática está na porta do judiciário pugnando por uma proteção, é porque houve uma omissão anterior, não havendo assim um protagonismo do Judiciário, mas tão somente a omissão de uma casa. O cidadão não pode ficar sem uma garantia de seu Direito, sendo este o maior objeto de discussão em torno do neoconstitucionalismo.

3. A interpretação da norma constitucional e a proteção do direito fundamental a identidade de gênero da pessoa transexual

O artigo 5º da Constituição Federal preconiza que “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” (PLANALTO, 1988). Entretanto, observa-se ao analisar o contexto social contemporâneo, que o aludido artigo ainda é benefício de apenas alguns cidadãos, pois quando se trata de pessoas transexuais, o mesmo não tem uma efetividade concreta. Recentemente um transexual teve negado o seu direito de renovar matrícula na escola (IG, 2017); outra foi constrangida ao utilizar o banheiro feminino (TJDFT, 2015). Tem-se uma extensa lista de tolhimento de Direitos, que não ocorre com cidadãos cisgêneros.

No que tange ao gênero, os transexuais dentro do meio LGBTI são os que mais sofrem. Apesar da decisão da Suprema Corte, são condicionados sempre à mudança de sexo para se adequarem ao gênero, como se fosse uma fórmula pronta e acabada. Contudo, não necessariamente o corpo masculino está relacionado com o gênero másculo e vice-versa. O gênero é tão somente uma construção que acompanha o cidadão no seu desenvolver no cotidiano. Para Butler, mencionada por Passos, “o gênero é a estilização repetida do corpo, um conjunto de atos repetidos no interior de uma estrutura reguladora altamente rígida, a qual se cristaliza no tempo para produzir a aparência de uma substância, de uma classe natural de ser” (PASSOS, 2012).

Sobre a construção do gênero, de acordo com os anais da 1ª Conferência Nacional LGBT de 2008:

A transexualidade seria então, um contexto vivencial de indivíduo com identidade de gênero constituída nos parâmetros de gêneros estabelecidos, ou seja, masculino e feminino. E que, entretanto, não se identificam com os atributos biológicos de nascença, sexualmente diferenciados. Essa não-identificação com os atributos biológicos pode se transformar em um desconforto ou até mesmo uma estranheza tal, levando à cirurgia, alterações cirúrgicas, hormonais e até mesmo cirurgia dos genitais, em alguns casos, para que eles possam ter correspondência com a sua identidade psicoemocional (1ª CONFERÊNCIA NACIONAL LGBT – 2008).³

³Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/conferencias/anais-1a-conferencia-nacional-lgbt-2> - página 21. Acesso em 24 jul.2018.

A discussão em torno do cidadão transexual ultrapassa as questões de gênero. A integridade física de cidadãos transexuais não encontra nenhum amparo especial na legislação. “O cidadão que se identifica como transexual, não tem problemas sociais somente envolvendo a sua identidade, como também a sua segurança, sendo inúmeros os casos de assassinatos brutais de transexuais” (ESTADO DE MINAS, 2017). No ano de 2017, o Brasil foi o país que mais registrou assassinatos de transexuais e travestis (O TEMPO, 2017), fruto do ódio e preconceito dos cidadãos. Qualquer projeto que criminalize tal conduta encontra dificuldade de aprovação no Congresso Nacional, frente às bancadas congressistas, denominadas bancada religiosa, fortemente atuante no cenário político brasileiro, juntamente com diversos aliados, sob o argumento de que a reprovação de tais projetos se dá em nome de Deus.

Além da problemática relacionada à integridade física, os cidadãos transexuais encontram obstáculo para o reconhecimento social com o gênero com o qual se identificam, mesmo que tenha a decisão do STF a seu favor. Muitos são os constrangimentos, principalmente pela apresentação da sua identidade. O cidadão que nasceu com o aparelho genital masculino e não fez a cirurgia de transgenitalização, mas se identifica com o sexo feminino, encontra dificuldade perante os órgãos públicos, dificilmente tem o atendimento adequado, em função do despreparo e da ignorância de quem eventualmente possa lhe atender.

Na legislação brasileira, atualmente, o nascimento com vida está disposto no artigo 54, da Lei 6015/73, que consta as características que deverão incluir-se no assento do nascimento como “o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa”, e em seu § 2º, “o sexo do registrando” (PLANALTO, 1973). Contudo, a legislação, mesmo após algumas mudanças trazidas pela Lei 13.484/2017, em nada mencionou sobre as questões de identidade de pessoa transexual, tendo o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento da ADI 4275, decidindo que o cidadão não mais precisa de autorização judicial para alteração do nome, não tendo

condicionado a alteração a realização de cirurgia condizente com a identidade de gênero (STF, 2018).

Nota-se a necessidade de aplicabilidade do neoconstitucionalismo para os casos que envolvem os cidadãos transexuais. Para eficácia de seus Direitos, o transexual carece de interpretação de normas constitucionais de modo a incluí-los dentro do direito pátrio, conforme foi o caso da ADI 4275. Insta observar que o magistrado deverá analisar baseando-se na constituição e leis pertinentes sobre cada situação.

Apesar de existir decisões favoráveis na maioria dos casos, um magistrado que tenha em suas decisões uma forte influência da religiosidade, da sociedade, das políticas públicas, do desenvolvimento social, pode acabar por interferir na disposição em relação a determinado cidadão. Por razões subjetivas do julgador, o transexual terá tolhido o seu pedido por razões pessoais de um servidor público, que tem como função primordial a imparcialidade.

Vê-se que os direitos dessa minoria especificamente, ficam à mercê dos julgadores. Ao se deparar com situação como a já mencionada no que tange ao subjetivismo, cerceia-se direitos, discriminando e dificultando ainda mais a vida do cidadão transexual; uma afronta a dignidade humana exposta na Carta Magna. Harari, sobre a discriminação, pontua que:

Infelizmente, sociedades humanas complexas parecem exigir hierarquias imaginadas e discriminação injusta. É claro que nem todas as hierarquias são moralmente idênticas, e algumas sociedades sofreram tipos mais extremos de discriminação do que outras. Apesar disso, os estudiosos não têm conhecimento de nenhuma grande sociedade que tenha sido capaz de prescindir totalmente da discriminação. Repetidas vezes, as pessoas estabeleceram a ordem em sua sociedade classificando a população em categorias imaginadas, como homens superiores, homens comuns escravos; brancos e negros; patrícios e plebeus, brâmanes e sudras; ricos e pobres. Essas categorias regulamentaram as relações entre milhões de seres humanos ao tornar algumas pessoas superiores a outras em termos jurídicos, políticos e sociais. (...) As hierarquias têm uma função importante. Elas permitem que estranhos saibam como tratar uns aos outros sem desperdiçar o tempo e a energia necessários para se tornarem pessoalmente familiarizados (HARARI, 2017, p. 144).

Alguns Estados caminham para uma proteção e garantia desses direitos, com a publicação de decretos e portarias. Contudo, tais dispositivos ainda não têm a força de uma norma constitucional. Alguns Estados editaram portarias e decretos para tratar a situação, mas nada que ultrapasse a esfera administrativa, sem uma penalidade válida caso ocorra o descumprimento da norma.

Há um Decreto, de nº 55.588, de 17 de março de 2010, do Estado de São Paulo, que em seu artigo 1º assegura ao cidadão transexual, o direito de escolha a tratamento nominal, conforme se vê do aludido artigo: “fica assegurado às pessoas transexuais e travestis, nos termos deste decreto, o direito à escolha de tratamento nominal nos atos e procedimentos promovidos no âmbito da Administração direta e indireta do Estado de São Paulo”. O Decreto ainda expõe no artigo 2º que:

A pessoa interessada indicará, no momento do preenchimento do cadastro ou ao se apresentar para o atendimento, o prenome que corresponda à forma pela qual se reconheça, é identificada, reconhecida e denominada por sua comunidade e em sua inserção social. (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2010).

Em contrapartida, além das dificuldades do transexual em relação a sua identidade de gênero, a violência contra os mesmos só aumenta, sem qualquer lei que assegure uma penalidade mais grave para aquele que cometa uma agressão física ou psicológica a um cidadão em razão do gênero. Merece destaque o fato de que o Brasil é o pior lugar do mundo para um cidadão transexual, conforme se vê dos seguintes dados:

Segundo dados da ONG TGEU (Transgender Europe), a comunidade transexual é a que sofre mais violência no país. O Brasil ainda é considerado o país que mais mata transexuais no mundo: a expectativa de vida dessas pessoas é de 35 anos. Segundo um relatório do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos, entre as denúncias feitas pelo Disque Denúncias (Disque 100), 51,68% foram contra travestis, 36,77% contra gays e 9,78% contra lésbicas. (INNOVARE, 2016).

Nota-se que muitas são as tentativas de incluir a tratativa no ordenamento, com uma interpretação a partir da norma constitucional, de forma a assegurar os direitos das minorias, como os transexuais. O que se vê são pequenos movimentos jurídicos sobre o assunto, constatando-se que se a interpretação constitucional não der uma maior validade para normas de proteção dos transexuais, o País encabeçará por anos a estatística de marginalização dessa classe.

4. Considerações finais

A passos ínfimos a legislação começa a abarcar direitos antes não discutidos nos Tribunais. Muitos transexuais, por vergonha ou por opressão social, não buscam os seus direitos, o que acaba corroborando a marginalização destes indivíduos. Decorrente do fato de não haver nenhum projeto de lei aprovado que discorra especificamente, ou regulamente a situação desses cidadãos frente ao ordenamento pátrio – e os poucos que entram em pauta são rechaçados – o que se vê é o favorecimento de grupos e classes, uma discriminação patente.

Conforme demonstrado, com o surgimento do neoconstitucionalismo, após o pós-positivismo, uma possibilidade de abertura de interpretação da norma ganhou espaço, objetivando assegurar que a Constituição Federal tutele todos os direitos fundamentais, mesmo os infraconstitucionais. Apesar de se observar algumas decisões favoráveis, os transexuais ainda carecem de uma norma que os proteja em razão do gênero, seja a partir de uma nova interpretação notarial como ocorreu pelo STF sobre o nome social, seja a partir de uma interpretação da legislação penal, em razão de não haver uma norma específica que trate desses tipos de alterações em si.

O neoconstitucionalismo busca assegurar o novo Direito Constitucional, para que a norma constitucional seja garantidora de direitos e obrigações, e não seja um instituto exclusivo de alguns, mas uma norma de

proteção de todos, sem qualquer tipo de exclusão. Em compasso com o surgimento do neoconstitucionalismo, emerge também a grande problemática, qual seja, a interpretação subjetiva da norma constitucional por parte do julgador, que passa a analisar o caso com base no seu preceito de moral, o que acarreta em uma intensa insegurança jurídica, principalmente se considerar o atual cenário político e judicial do país. Além do subjetivismo do julgador, o neoconstitucionalismo é visto também como uma forma de colocar o Judiciário em um patamar acima dos outros poderes, pois que o juiz vai decidir sobre questões que até então são o objeto de discussão em outras esferas, cabendo ao judiciário a última via para solução.

Nesse diapasão, em meio a forma de interpretação da Constituição, tem-se a discussão do direito social de uma minoria, os cidadãos transexuais, que apesar de não terem mais que recorrer ao Poder Judiciário para resguardar a questão relacionada ao nome social, vivenciam diariamente agressões físicas e psicológicas. Além disso, seus direitos não se restringem somente à utilização do nome, mas à própria afirmação da identidade em todas as estruturas públicas e a livre vida em sociedade. Dar uma nova interpretação constitucional para normas é uma forma de diminuir o transtorno causado pela sociedade a essas pessoas, que são vistas como diferentes e, casos mais graves, como inferiores ao modelo heterocisnormativo. Isto que acaba por acarretar problemas biopsicossociais, culturais e políticos irreversíveis.

Apesar de algumas decisões, portarias e decretos, o legislador precisa dar uma maior atenção para a garantia dos direitos dos cidadãos transexuais, com base na Constituição Federal, de forma a dar efetividade à celebrada, porém nem sempre efetivada dignidade da pessoa humana, sem distinção de classe, cor, raça, sexo e gênero.

5. Referências

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Decreto nº 55.588 de 17 de março de 2010**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2010/decreto-55588-17.03.2010.html>. Acesso em 24 jul.2018.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **O novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 jul. 2018.

COLETIVOS. Processos. **Direito processual civil? Princípio da imparcialidade do juiz** - Crisna Maria Müller e Juliana Corso Romani. 27/01. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/ponto-e-contraponto/865-direito-processual-civil-m-principio-da-imparcialidade-do-juiz> . Acesso em 24 jul 2018.

DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2010.

ESTADO DE MINAS. 2017. **Brasil é país que mais mata travestis e transexuais**. Flávia Ayer, Fred Bottrell. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/especiais/dandara/2017/03/09/noticia-especial-dandara,852965/brasil-e-pais-que-mais-mata-travestis-e-transexuais.shtml>. Acesso em 26 jul. 2018.

IG. 2017. **Escola em Fortaleza rejeita renovação de matrícula de aluna transexual**. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/2017-11-22/transexual.html>. Acesso em 24 jul. 2018.

INOVARE. 2016. **A violência contra transexuais no Brasil**. Disponível em: <http://www.inovarepesquisa.com.br/blog/violencia-contratransexuais-brasil/>. Acesso em 25 jul. 2018.

MÜLLER, Crisna Maria; ROMANI, Juliana Corso. **Direito processual civil? princípio da imparcialidade do juiz**. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/ponto-e-contraponto/865-direito-processual-civil-m-principio-da-imparcialidade-do-juiz> Acesso em 26 de jul. de 2018.

O TEMPO. 2017. **Brasil já tem 61 transexuais e travestis assassinados em 2017**. Disponível em: <http://www.otempo.com.br/capa/brasil/brasil-j%C3%A1-tem-61-transexuais-e-travestis-assassinados-em-2017-1.1477509>. Acesso em 25 jul. 2018.

PASSOS. Lucas. 2012. ENSAIOS DE GÊNERO. O sujeito e o gênero socialmente construído: existe um “eu/nós” antes, um “eu/nós” depois, um “eu/nós” que constrói? Disponível em: <https://ensaiosdegenero.wordpress.com/2012/02/18/o-sujeito-e-a-construcao-de-genero-existe-um-eunos-antes-um-eunos-depois-um-eunos-que-constroiu/>. Acesso em 24 jul. 2018.

PLANALTO. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 24 jul. 2018.

PLANALTO. **Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em 24 jul. 2018.

SEGUNDO. Último. **Escola em Fortaleza rejeita renovação de matrícula de aluna transexual**. 22/11/2017. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/2017-11-22/transexual.html>. Acesso em 26 jul. 2018.

STF. 2018. **STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo**. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085&caixaBusca=N>. Acesso em 25 jul. 2018.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TJDFT. 2015. **Negado pedido de indenização de transexual contra shopping devido a uso de banheiro feminino**. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2015/junho/negado-pedido-de-indenizacao-de-transexual-contra-shopping-devido>. Acesso em 26 jul. 2018.

Comunidade LGBT: conexões entre direitos humanos, sistema prisional e políticas públicas contra a violência de gênero

*Maria Laura Vargas Cabral*¹

*Deilton Ribeiro Brasil*²

1. Introdução

É inegável que embora o Brasil tenha adotado o modelo democrático de estado, ainda na atualidade a sociedade encontra-se revestida de preconceitos e intolerância com todas as formas de expressões que distinguem das padronizações impostas, sejam estas de cunho cultural, religioso, política.

Grupos minoritários são cada vez mais oprimidos no que tange a vivência em sociedade. A exemplo, a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Pessoas que têm diariamente sua dignidade ceifada com a crescente manifestação de repúdio a uma escolha que compete tão somente a eles próprios.

A população LGBT é constantemente vítima da inércia do Poder Público, quanto se trata dos sistemas carcerários brasileiros, o que a torna vulnerável quando é submetida ao atual modelo carcerário que rompe

¹ Mestre do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Bacharel em Direito pela Faculdade Pitágoras Divinópolis. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Professora do curso de Direito pela Fundação Educacional de Oliveira (FEOL). Advogada.

² Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF-RJ. Professor da Graduação e do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASA).

com o preceito de dignidade humana, submetendo os encarcerados a presídios superlotados, com precárias condições sanitárias, e poucos ou até nenhuma preocupação com meios de ressocialização dos encarcerados, posteriormente, sem critérios de sobreposição de ordem, tem potencializado seus *status* de vulnerável quando é posta ainda em situação degradante, humilhante, e vexatória em razão da sua identificação de gênero quando colocada no convívio com outros presos, sofrendo agressões de cunho físico/sexual e psicológico, tendo que se submeter à realização de determinadas condutas para preservação de sua própria vida, e de seus familiares.

A partir daí tem-se a problemática do presente trabalho, ao tratar da divisão do sistema prisional no Brasil com base na distinção de sexo biológico. É correto tal critério de separação? Quais as medidas cabíveis para redução das condutas degradantes em face da comunidade LGBT em relação ao convívio com os demais encarcerados?

A princípio o trabalho discorrerá sobre as questões de gênero, identificação dos grupos LGBT e seus direitos e garantias fundadas na Constituição da República e alicerçada nos Direitos Humanos, no item intitulado de *Construção da Identidade de Gênero*. Na seção seguinte, tratado por *Sistema Prisional Brasileiro e a expansão da Vulnerabilidade dos Transgêneros*, onde serão apresentadas as questões relacionadas ao transgêneros encarcerados no Brasil, e a intolerância à liberdade individual e violação da autonomia privada do cidadão. Por fim, o terceiro item denominado de *Medidas de Humanização Carcerária para a população LGBT*, abordará as medidas adotadas por instituições carcerárias comprometidas com o respeito às liberdades e com a tutela da dignidade humana e integridade física da população LGBT. Valendo-se da pesquisa teórico-bibliográfica e documental, adotou-se o método dedutivo, onde a partir de uma concepção macro analítica dos sistemas carcerários no Brasil, cuidou-se a restringir o problematização à análise à população LGBT tornando-a micro analítica. Por fim, firmou-se na construção do

presente trabalho, a análise interpretativa, de modo a fomentar o debate para a construção de métodos de erradicação das desigualdades.

2. Construção da identidade de gênero

Já dizia Simone de Beauvoir (1980, p. 9), “Não se nasce mulher, torna-se mulher”. Há tempos que a concepção de efetivamente ser mulher, perpassa pela obrigatoriedade de constituição de seio familiar, firmada na cultura de que a mulher deveria se pautar em ser mãe, e esposa. De outro lado, ao homem incumbia-se o patriarcado, ou seja, ser o provedor familiar, e provar a masculinidade a qualquer custo.

Ambas as definições de homem e mulher, constituem a definição de sexo biológico, onde as pessoas se distinguem desde o nascimento por base em órgãos genitais, tratado nominalmente por conceitos binários, homem/mulher; macho/fêmea. Assim, segundo Butler transgênero seria “subversão interna no seio da qual a binariedade é pressuposta e disseminada até o ponto em que ela cessa de fazer sentido” (BUTLER, 2010, p. 29).

Necessário então, a ruptura com o conceito binário de identificação de gênero, a fim de se possibilitar o efetivo exercício do direito de liberdade, e personalidade do indivíduo. Grupos que se dissociam do padrão socialmente aceito, e abarcam a ideia de tal ruptura de paradigma religioso, cultural, ideológico são considerados grupos minoritários, no entanto, embora menores em aspecto numérico, não há de se falar em menores no que tange a extensão de direitos e garantias constitucionais, não havendo, portanto qualquer razão para distingui-lo ou dissociá-los que optam por seguir os padrões impostos, ou que com eles se identifiquem.

Como pontua Guacira Louro:

As minorias nunca poderiam se traduzir como uma inferioridade numérica, mas sim como maiorias silenciosas que, ao se politizar, convertem o gueto em território e o estigma em orgulho – gay, étnico, de gênero. Sua visibilidade tem efeitos contraditórios: por um lado, alguns setores sociais passam a

demonstrar crescente aceitação da pluralidade sexual e, até mesmo, passam a consumir alguns de seus produtos culturais; por outro, setores tradicionais renovam seus ataques, realizando desde campanhas de retomadas de valores tradicionais da família até manifestações de extrema agressão e violência física. (LOURO, 2004, p. 542)

A identificação de gênero a partir da não-binariedade tem como pretensão, garantir aos indivíduos a efetiva utilização da liberdade individual e dos direitos da personalidade, que conglobam o macro direito à Dignidade Humana - que transporta a ideia de que toda vida humana possui o mesmo valor -, pressuposto basilar do Estado Democrático de Direito, evitando que os que optarem por se distinguirem do padrão "ideal" socialmente imposto, seja coisificados pela sociedade.

Além do mais, é cabível ressaltar que o direito à liberdade sexual congloba os direitos tidos como "direitos da personalidade" e ainda as garantias constitucionais (de liberdade, de igualdade e de dignidade da pessoa humana), e é por base neste direito é que se propícia, tutela e resguarda a identidade de gênero do indivíduo.

Gisele Alessandra Schmidt, advogada, transexual, em sua sustentação oral na ADI 4275, disserta "Não somos doentes como pretende a classificação internacional de doenças. Não sofro de transtorno de identidade sexual. Sofre a sociedade de preconceitos historicamente arraigados contra nós e nossos corpos, tidos como abjetos"(BRASIL, 2017).

Para melhor compreensão necessário se faz traçar as distinções básicas entre sexo e gênero. Sexo é o que se demonstrou nas linhas pregressas, fatores biológicos pautados na genitália, capazes de distinguir determinado grupo de indivíduos por características genéticas semelhantes. Quanto a gênero, tem-se um conceito aberto construído pelo próprio indivíduo a partir de como este se identifica, e se vê perante a sociedade.

Enquanto sexo é um conceito principalmente biológico, gênero é um conceito essencialmente social, sendo sua construção e representação apresentada das mais diferentes formas, pelas diferentes culturas. Gênero vai além dos sexos: Sua definição não se restringe apenas aos cromossomos, a conformação ge-

nital ou presença ou não de determinadas gônadas, mas principalmente através da autopercepção e da forma como a pessoa se expressa socialmente. O que importa na composição e definição do que é ser homem ou mulher, é o construto psicossocial produzido pela autodeterminação em conjunto com a normativa imposta socialmente pelo papel de gênero(SOUZA; VIEIRA, 2016).

Além do mais, tem-se a definição de gênero a partir do disposto nos Princípios de Yogyakarta, que são diretrizes e normas de Direitos Humanos aplicáveis às questões de identidade de gênero e orientação sexual.

Compreendemos a identidade de gênero a profundidade sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoa do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meio médicos, cirúrgicos ou outros) e outra expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos (YOGYAKARTA, 2006).

Assim, independente de gênero é inerente à condição humana a garantia de ter preservada sua dignidade, em não há justificativa para que o Estado não busque meios de inclusão dos indivíduos que de dissociam dos padrões binários.

2.1. Transgênero e transexual

Em que pese exista inúmeras espécies de transgêneros, a presente pesquisa pautará em analisar a questão dos transexuais, razão pela qual, buscará traçar uma melhor maneira de definição de tal grupo, para que se possa concluir o presente artigo.

Por transgêneros, têm-se os indivíduos que não se identificam com o sexo biológico atribuído por fatores genéticos e cromossômicos.

Transgênero Conceito “guarda-chuva” que abrange o grupo diversificado de pessoas que não se identificam, em graus diferentes, com comportamentos e/ou papéis esperados do gênero que lhes foi determinado quando de seu nascimento. (JESUS, 2012, p.25)

Já no que se refere a transexualidade, a definição é dada pelo OMS na Resolução nº 1955/2010 ³do Conselho Federal de Medicina, como sendo uma patologia, o que chega a beirar o absurdo, onde é necessário um laudo médico, onde reste discriminado a identidade de gênero no individuo como sendo um distúrbio – o que a *priori* deveria ser de cunho individual e de acordo com o direito à liberdade - para que o individuo seja detentor de direitos, e seja minimamente respeitado pela sua opção, ou pela sua “*psicopatologia*” sabe-se lá. Para Maria Helena Diniz classifica a transexualidade “como uma condição sexual da pessoa que rejeita a sua identidade genética e a sua própria anatomia, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto” (DINIZ, 2014, p. 298)

Ao transexual dá-se como característica precípua a intenção e vontade de se adequar fisicamente ao gênero que se identifica, ainda que para isso seja necessário à realização de procedimentos cirúrgicos, readaptação de vestimentas, e maneiras de se portar, dissociando por completo do sexo biológico.

Para Tereza Rodrigues Vieira, o transexual se considera membro do sexo oposto, entalhado com o aparelho sexual errado, o qual quer ardentemente erradicar. O transexual masculino tem ego corporal e psíquico femininos. O transexual feminino é, evidentemente, o contrário. (VIEIRA, 2012, p. 221).

Neste contexto, superada as definições – do que é quase que indefinido, vez que trata intimamente da identificação pessoal e restritiva do individuo, percebe-se que a binariedade é a práxis de separação de indivíduos na vivência em sociedade, diferente não seria ao se tratar dos encarcerados, onde a distinção do sexo biológico é preponderante para separar indivíduos em penitenciárias, demonstrando assim, a fragilidade

³ CONSIDERANDO ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoexterminio [...]Artigo 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:1) Desconforto com o sexo anatômico natural;2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;4) Ausência de outros transtornos mentais.(Onde se lê “Ausência de outros transtornos mentais”, leia-se “Ausência de transtornos mentais”) (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA, 2010).

do Poder Público para encarar as premissas do Estado Democrático, e coadunar com a supressão de direitos. Adiante, demonstrar-se-á a relação entre a população LGBT e o sistema carcerário.

3. Sistema prisional brasileiro e a expansão da vulnerabilidade dos transgêneros

A heteronormatividade⁴ é incutida na sociedade em todas as suas esferas, tornando-a a única forma de exercício da “normalidade”, ou seja, qualquer indivíduo que rompa com a concepção hetero é considerado “anormal”, “fora dos padrões”, “minoría”, o que dificulta a inclusão e a tutela dos direitos dos transgêneros. Por óbvio que tal conduta embora comum, está longe de ser considerada normal ou correta. “Quando se trata da proteção da dignidade do ser humano, não se pode admitir tergiversação. A dignidade do ser humano exige proteção máxima, inegociável.” (ALMEIDA NETO, 2005, p. 29) logo a dignidade não se desmembra da condição humana, sob nenhuma justificativa.

Torna-se um tanto quanto impossível analisar o sistema penitenciário brasileiro e sua estruturação sem se remeter a análise binária proposta por Butler (2010). A dificuldade do enquadramento dos indivíduos transgêneros no sistema prisional advém de uma separação, tradicional, dos presos em homens e mulheres, segundo o binário masculino/feminino. Isso remete à adoção de um critério sexual anatômico

Se fora do cárcere os transgêneros já sofrem com os efeitos de seu reconhecimento ou auto reconhecimento, diferente não se faz quando são inseridos no cárcere. É notória a fragilidade do sistema para incluir nos presídios a população LGBT sem que o coloque em zona de risco, e

⁴ Expressão utilizada para descrever ou identificar uma suposta norma social relacionada ao comportamento padronizado heterossexual. Esse padrão de comportamento é condizente com a ideia de que o padrão heterossexual de conduta é o único válido socialmente e que não seguir essa postura social e cultural coloca o cidadão em desvantagem perante o restante da sociedade. Esse conceito é a base de argumentos discriminatórios e preconceituosos contra LGBT, principalmente aos relacionados à formação de família e expressão pública.

sem que se assente com as práticas discriminatórias, e com as inúmeras violações de direitos fundamentais que dizimam a dignidade humana.

Como se mencionou, a comunidade LGBT encarcerada além de sofrer com as mazelas do sistema carcerário, além de sofrer com o preconceito da sociedade a partir da condição de preso, se submete-se a tormenta com a intolerância dos demais encarcerados, e funcionários das instituições carcerárias (Caso Verônica⁵) que o “coisificam” e até os tratam como “anomalias” e com o despreparo do Poder Público que negligencia quanto às políticas de inclusão e tutela de direitos fundamentais, de modo à garantir que estes tenham visibilidade, voz e vez.

O ambiente prisional, em si, é caracterizado por uma notória fluidez nas questões sexuais e de gênero. No interior do cárcere, um ambiente que muitas vezes comporta privações afetivo-sexuais, há a ocorrência muito comum de relações homoafetivas, mesmo quando os sujeitos consideravam (e continuam se considerando) heterossexuais. Por outro lado, essa fluidez pode representar extremos: o estupro carcerário de estupradores (que, via de regra, vítima homens) é um fruto da grande volatilidade das identidades de gênero instabilizadas pelo fenômeno do encarceramento pretensamente imbuída de uma noção de justiça. (MARQUES JÚNIOR, 2007)

Não é de hoje, que se fala em função social do encarceramento, qual seja, a ressocialização. Assim, torna-se é dever do Estado zelar pela integridade física dos apenados, e não menos pelos apenados transgêneros, de modo a não permitir que a pena seja capaz de desrespeitar direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Talvez esse seja um dos artigos mais desrespeitados de nossa legislação penal. A pena é um mal necessário. No entanto, o Estado, quando faz valer o seu *ius puniendi* deve preservar as condições mínimas de dignidade da pessoa humana. O erro cometido pelo cidadão ao praticar um delito não permite que o Estado cometa outro. Se uma das funções da pena é a ressocialização

⁵ Transexual detida no ano de 2015 acusada de agressão à vizinha. Posteriormente foi acusada de agredir um policial com uma mordida na orelha e logo em seguida ela foi vítima de diversas violências policiais, como por exemplo, teve seu cabelo raspado, foi espancada até ter seu rosto desfigurado, foi despida, sentada no chão algemada pelos pés e mãos e fotografada. Além da violação da integridade física e psicológica, Verônica ainda sofreu com a violação a sua orientação de gênero, vez que a imprensa a tratou como “o preso” e usar o pronome masculino “ele”.

do condenado, certamente num regime cruel e desumano isso não acontecerá. (GRECO, 2014, p.512-513)

As violências sofridas pelos transgêneros, em específico no presente artigo os transexuais, no contexto carcerário ultrapassa aqueles dos quais se tem conhecimento como sendo habituais entre à comunidade prisional⁶, muitas das vítimas são submetidas à situações de extremo risco, não tendo outra alternativa senão cederem às pressões dos demais encarcerados para que possam resguardar sua vida, e de seus familiares, o que torna os transexuais encarcerados integrante dos grupos minoritários e nesta condição, como sendo extremamente vulneráveis, sendo vítima além da violação de direitos fundamentais , de preconceito transfóbico⁷.

Eles dizem que nós não temos dignidade, honra e direitos. Eles são orgulhosos de serem *homens*, bandidos; eles são durões...Eles nos vêem como objetos para serem usados. Se há uma rebelião, nós somos os que sofrem. Os guardas não têm controle da situação aqui dentro.⁸

Além dos problemas a muito conhecido pela sociedade no que tange o sistema prisional brasileiro, a comunidade LGBT ainda conta com a escassez de acompanhamento médico e psicológico, impossibilidade de realização de cirurgias para redesignação sexual, as pouquíssimas alas especiais para tais, inobservância do nome social, não fornecimento de hormônios e medicamentos.

⁶ Em entrevista, a transexual Bianca detenta encarcerada no Presídio Desembargador Flóscolo da Nóbrega, mais conhecido por Prisão do Roger, em João Pessoa/PB, diz ter sido obrigada à guardar aparelhos celulares e drogas na cavidade anal durante uma revista na cela, objetivando proteger os demais companheiros de cela. LIGA, A. **Homofobia nos Presídios**. 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_6PjHyx5TRI&t=1s> Acesso em: 10 abr. 2018.

⁷ O termo define a aversão contra transexuais, transgêneros ou travestis

⁸ Entrevista de um detento à *Human Rights Watch*, O Brasil atrás das grades: Abusos entre os Presos, *Human Rights Watch*). Disponível em <<http://pantheon.hrw.org/legacy/portuguese/reports/presos/presos.htm>> Acesso em: 10 maio 2018

3.1 Contribuição do direito comparado na construção do pensamento crítico acerca da comunidade LGBT encarcerada sob o viés dos direitos humanos

Engana-se quem pensa que somente no Brasil existem preconceitos de cunho transfóbico no contexto carcerário, no entanto, *misterse* faz a apresentação de medidas resolutivas adotadas no âmbito internacional para superação de tal revés.

Nos Estados Unidos da América, país com alto índice de população carcerária, embora também seja pautado em uma distinção binarista, o Judiciário vem demonstrando grande contribuição na defesa de direitos dos transgêneros encarcerados, com o pontapé inicial no caso *Farmer v. Brennan*.⁹Em 2008, como política de tutela aos direitos do transgêneros o Governo dos Estados Unidos, permitiu que estes se vestissem de acordo com sua identificação, e fossem chamados pelo nome social durante o encarceramento.

Na Itália, em 2005 a Penitenciária do *Solliciano*, adotou a criação de alas separadas para os indivíduos que não enquadravam nas penitenciárias com segregação binária. Ocorre que, há indícios de que a criação de nova ala, não fosse uma preocupação com a comunidade transgênera, e sim uma medida de proteção para os presídios masculinos, vez que somente encontravam-se autorizados à pertencer a tal ala, aqueles que tivessem se submetido à cirurgia de mudança de sexo.

Como mencionado alhures, as questões atinentes à identidade de gênero possuem relevância internacional, de modo que a todos os indivíduos indistintamente devem se garantir os direitos atrelados à dignidade humana.

⁹ Caso onde o requerente transgênero, apresentou à Suprema Corte do EUA uma alegação de que estaria sofrendo abuso sexual dentro da prisão. Por esta razão à situação dos transgêneros ganhou visibilidade, vindo à Suprema Corte à superar o entendimento de não intervir na situação carcerária após o início da execução penal. **SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Caso *Farmer v. Brennan* 92-7247, 511 U.S. 825; 1994.** Disponível em: <https://justdetention.org/wp-content/uploads/2015/11/International_Summary_Portuguese.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018

Portanto, é preciso ter consciência de que, dignidade, liberdade, autodeterminação (entre outros) são, além de direitos fundamentais, direitos humanos, logo, garantias universais. E a característica de universalidade não se refere estritamente à aplicação ou submissão dos Estados soberanos a estas normas. Significa dizer, que são universais porque são direitos gozados pelo simples fato de sermos seres humanos. (FLORES, *apud* CHAVES, 2017, p.63)

A violência sofrida pela população LGBT, também foi trazida à baila pela Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos, que através da elaboração de princípios jurídicos com repercussão internacional denominados Princípios de Yogyakarta, que nada mais são do que um rol de direitos relacionados à identidade de gênero e orientação sexual, de aplicação internacional, vinculando os Estados à implementação de direitos humanos incluindo à questão carcerária da população *trans*.

4. Medidas de humanização carcerária para a população LGBT

Por fim, pretende-se demonstrar que embora lenta, há uma busca pela reestruturação da integridade física da comunidade LGBT, e a tentativa de devolver à estes sua dignidade. Como se mencionou em ocasião pregressa, a situação de violação dos direitos humanos e coisificação dos transgêneros encarcerados não é uma situação exclusiva do cenário brasileiro, e por esta razão que inúmeras discussões acerca da temática foram realizadas no âmbito nacional e internacional, com o objetivo central de assegurar os direitos dos LGTB's.

No cenário internacional, grande conquista para os transgêneros traída dos Princípios de Yogyakarta, elaborados no ano de 2006 na Indonésia com a presença do Brasil, com intenção fulcral de regularizar no âmbito internacional os direitos inerentes à orientação sexual e identidade de gênero, na época em que o Brasil adotou e tornou-se signatário dos referidos, o País era considerado um dos maiores violadores de direitos humanos em razão da orientação sexual, e um dos países com maior

numero de mortes em razão de gênero. Assim, tais diretrizes foram consideradas um avanço na defesa dos direitos dos transgêneros.

Em âmbito nacional a Resolução Conjunta nº 1 de 2014 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária cria medidas de tutela e respeito aos encarcerados independente da sua orientação de gênero. Inclui ainda o tratamento pelo nome social e prenome adequado, as vestimentas e cortes de cabelo de acordo com a identidade de gênero, direito à visita íntima, e ao tratamento hormonal necessário. (BRASIL, 2014)

No Rio de Janeiro em 2002, um carcereiro ingressou com ação criminal em face de um detento transgênero, alegando ter sido agredido por este. A 3ª Câmara Criminal, absolveu o detento por extrair do *intuito probante* que o detento era submetido à situação vexatória e era humilhado em razão de sua opção sexual. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, 2002)

No Estado de São Paulo há participação efetiva em criação de medidas para inclusão da comunidade LGBT no cárcere, e na adoção de medidas para mitigar a violência em face tal grupo. Com o *Plano Estadual de Enfrentamento à Homofobia e Promoção da Cidadania LGBT*, a Resolução SAP 11, de 30/1/2014 que dispõe sobre a “atenção às travestis e transexuais no âmbito do sistema penitenciário” (BRASIL, Resolução 11/2014), garantindo-os a utilização do nome social, e medidas de inclusão social por intermédio de palestras sobre orientação sexual, dignidade humana, e diversidade para agentes. No entanto o estado não possui alas especiais nos presídios e penitenciárias para comunidade LGBT.

Depois de inúmeros debates e muita pretensão por parte das organizações de direitos Humanos, atualmente o Brasil conta com alas especiais para detentos(as) da comunidade LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros (LGBT), são algumas delas as Penitenciárias Des. Flósculo da Nóbrega (Presídio do Róger) e Dr. Romeu Gonçalves de Abrantes (PB1), em João Pessoa; e Regional Raimundo Asfora(Complexo do Serrotão), em Campina Grande,

Penitenciária Professor Jason Soares Albergaria, em São Joaquim de Bicas/MG, que pretende garantir a segurança ou, ao menos, minimizar a chance de violência para comunidade LGBT, e garantir os direitos advindos da identidade de gênero (cabelo, vestimenta, nome social).

Há quem diga que a simples criação das alas específicas somente seria capaz de mascarar o problema por trás da intolerância e maus tratos aos transgêneros, possibilitando inclusive a sensação de que exista um privilégio a tais grupos. O que se pretende no presente trabalho não é um culto à impunidade, e sim a aplicação da execução penal em consonância com os direitos fundamentais.

Outro ponto divergente quanto à questão das alas especiais para comunidade LGTB seria a necessidade de que o indivíduo tivesse realizado a cirurgia de transgenitalização para que fosse encaminhado para unidade prisional compatível com o sexo “adotado”. Ocorre que em recentíssima decisão o Supremo Tribunal Federal concedeu às pessoas transgêneras a alteração do nome civil independente de cirurgia de transgenitalização. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal rompe com a ideia de binariedade, e em outras linhas, adota a posição de que órgãos genitais ou sexo “biológico” não são capazes de rotular indivíduos e padronizar sua identidade de gênero. Assim, não há razões para se exigir cirurgia de mudança de sexo para encaminhamento à unidade prisional, basta a construção e identificação pessoal do indivíduo, e o modo como ele se reconhece perante ele mesmo, e a sociedade.

Atualmente (Fevereiro/2018), o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso, determinou a transferência de duas transexuais, que permaneciam em celas masculinas, para presídios compatíveis com a sua orientação de gênero (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Em que pese exista medidas que caminhem na tutela efetiva dos direitos humanos da população LGBT no âmbito carcerário, ainda existem lacunas a serem preenchidas. Não é expresso em nenhum dos documentos citados, qualquer espécie de medida punitiva para os estabelecimentos prisionais que não seguirem o disposto nas resoluções,

além de o fato de que as resoluções são claras ao dispor que, a adoção das medidas perpetradas nos documentos deverão observar as condições locais de cada instituição, ou seja, fica a cargo de cada unidade prisional a observância das diretrizes ali dispostas, ou seja, os referidos documentos não possuem poder coercitivo, e podem perfeitamente ser desconsiderados sob a justificativa de impossibilidade de adoção na localidade.

5. Considerações finais

A dignidade humana, como força motriz do Estado Democrático de Direito, estado este garantidor das liberdades, não se dissocia em nenhuma hipótese do direito à identidade de gênero. A dignidade humana só se garante a partir do respeito à liberdade e autonomia privada do indivíduo, a partir do entendimento de que a construção da forma de identificação do ser humano é subjetiva e individual.

Os transgêneros encarcerados são diariamente expostos a situações de extrema crueldade, de tratamentos degradantes, pelo simples fato de não terem se coadunado com as imposições cromossômicas e biológicas.

A transfobia que permeia no sistema carcerário brasileiro torna a comunidade LGBT, por vezes vulnerável. Tanto pela privação da liberdade e precárias condições de permanências, quanto pela impossibilidade de se reconhecer e se identificar como queira. O encarceramento nos moldes hetero-normativos suprime dos indivíduos transgêneros a dignidade, o direito à liberdade de orientação de gênero, a possibilidade de medicamentos para adequação do gênero identificado (hormônios), a debilidade no fornecimento de acompanhamento psicológico.

É certo que o Poder Público caminha no sentido de efetivação e proteção da comunidade *trans*, mas ainda falta muito para que o Estado cumpra sua obrigação de modo efetivo e rompa de vez com o binarismo, em prol de garantir o status de ser humano ao indivíduo e não de coisa, como por exemplo, criar medidas coercitivas, de modo que toda instituição prisional tenha o dever de seguir as diretrizes dispostas nas Resoluções.

Reitera-se que não pretende com o presente trabalho cultivar a impunidade, de maneira nenhuma, o que se pretende é a busca por uma efetivação na execução penal, que não rompa com os direitos inerentes à condição humana, e que em hipótese alguma podem ser suprimidos, sobrepostos, ou ceifados.

6. Referências

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista de direito privado**, São Paulo, n.24, out.- dez. 2005.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BRASIL. **Resolução Conjunta nº 1, de 15 de Abril de 2014**. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx> Acesso em: 17 abr. 2018

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ADI nº 4275**, 07 de junho de 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152419**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5341940>> Acesso em 04 mar 2018.

BUTLER, Judith P.: **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade/** Judith Butler tradução de Renato Aguiar, 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010

CIUFFOLETTI, Sofia; VIEIRA, Adriana Dias REPARTO D. Prisão, transgênder e migração: estudo de caso sobre as brasileiras transgênder presas na penitenciária de Solliciano, em Florença. Novas e Velhas Configurações da Imigração Brasileira na Europa. In: **Atas do 2º seminário de estudos sobre a imigração brasileira na Europa - ISCTE** - Instituto Universitário de Lisboa, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 31 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012

HUMANRightsWatch, **O Brasil atrás das grades: Abusos entre os Presos**, *HumanRightsWatch*). Disponível em <<http://pantheon.hrw.org/legacy/portuguese/reports/presos/presos.htm>> Acesso em: 10 maio 2018

- JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientação sobre identidade de Gênero**: conceitos e termos. Brasília, 2012.
- KULICK, Don. **Travesti**: prostituição, sexo, gênero e cultura no Brasil. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.
- LIGA, A. **Homofobia nos Presídios**. 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_6PjHyx5TRI&t=1s> Acesso em: 10 abr 2018.
- LOURO, Guacira Lopes. **O corpo estranho**. Ensaios sobre sexualidade e teoria *queer*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.
- MARQUES JUNIOR, Gessé. **“Quem entra com estupro é estupro”**: avaliações e representações de juízes e promotores frente à violência no cárcere. 2007. 188f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, 2007. Disponível em: <<http://www.observatorio.deseguranca.org/files/cp037977.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2019.
- SÃO PAULO. **Resolução 11 de 31 de janeiro de 2014**. Trata da atenção às travestis e transexuais no sistema penitenciário. Disponível em <<http://www.justica.sp.gov.br/StaticFiles/SJDC/ArquivosComuns/ProgramasProjetos/CPDS/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20SAP-n%C2%BA%2011.pdf>> Acesso em 17 abr. 2018.
- SOUZA, Mariana Barbosa; VIEIRA, Otavio J. Zini. **Transexualidade - A Quebra De Paradigmas À Luz Do Biodireito**. Disponível em: <<http://www.profuliososa.com.br/2015/01/>> Acesso em 10 abr. 2018.
- SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Caso Farmer v. Brennan** 92-7247, 511 U.S. 825; 1994. Disponível em: <https://justdetention.org/wp-content/uploads/2015/11/International_Summary_Portuguese.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA do Rio de Janeiro. 3ª Câmara Criminal, **Apelação Criminal 2293/2002. Processo 2002.050.02293**. Publicada em: 29 out. 2002.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e sexo**: mudanças no registro civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- YOGYAKARTA, Princípios de. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Disponível em <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf> Acesso em 10 abr. 2019.

Violência de gênero: a construção de uma nova tipologia de violência no direito brasileiro

*Ana Luíza Moreira Fernandes*¹

*Luiz Gustavo Santos Cota*²

1. Introdução

O processo de reconhecimento da violência de gênero como uma das inúmeras manifestações relacionadas ao complexo e polissêmico conceito de violência na contemporaneidade, e sua aplicação no campo do Direito no Brasil, é um dos temas de maior candência da atualidade, alvo de polêmicas morais e políticas. Tal questão faz parte de um amplo e complexo conjunto de transformações socioculturais e simbólicas, construídas especialmente a partir da década de 1970, e ainda em curso, com diferentes caminhadas a depender dos espaços nacionais e ordens jurídicas, mas que proporcionaram tanto o reconhecimento da longa existência de referentes vivências em torno do gênero e da sexualidade, quanto a manifestação de atos de violência dirigidos às pessoas que com elas se identificaram.

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Dinâmica do Vale do Piranga (FADIP). Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC-FADIP). analuizamfernandes9@gmail.com

² Doutor em História Social. Professor do curso graduação em Direito e coordenador do Programa de Pós-Graduação em Ensino de Ciências da Saúde e do Ambiente, Mestrado Profissional, da Faculdade Dinâmica do Vale do Piranga (FADIP). Professor do Departamento de Fundamentos e Metodologias da Educação, Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), Unidade Barbacena. lgscota@yahoo.com.br

O próprio termo violência comporta em si um amplo leque de significados, sendo, de forma geral, entendido como a manifestação de poder frequentemente relacionada ao componente físico, quando ocorre uma agressão ou coerção exercida contra o corpo de uma pessoa por outra. No entanto, autores como Pierre Bourdieu chamaram atenção para a maneira como a violência não se limita a tal perspectiva, apresentando outras dimensões para as expressões de poder, especialmente a simbólica, quando se engendram e se compartilham padrões socioculturais coercitivos em relação aos papéis sociais de cada indivíduo (BOURDIEU, 2002). Ainda neste sentido, como observou Michel Foucault, tais padrões estabelecem seus mecanismos de vigilância, controle e punição àqueles tidos como não enquadrados ou “desviantes”, incluindo as questões relativas às representações simbólicas e usos do corpo (FOUCAULT, 1999).

As dimensões física e simbólica da violência foram reconhecidas como expressões do exercício de poder, tendo como referência questões relativas às vivências de classe, político-ideológica, étnico-racial e, mais recentemente, àquelas relativas ao gênero e a sexualidade, hoje também entendidas como violência de gênero.

No que se refere ao conceito de gênero, como afirma Máira Zapater, “podemos descrever o termo como o conceito associado às características (físicas, intelectuais, emocionais etc.) esperadas das pessoas de cada um dos sexos. Varia em cada época, lugar e cultura” (ZAPATER, 2016). Assim, a violência de gênero pode se exercer tanto contra a pessoa que não corresponde com o conjunto de regras esperado para seu gênero, quanto em relação àquela que se enquadra perfeitamente no padrão, mas que sofre a violência justamente por existirem permissões coletivas, de caráter simbólico e social, para o exercício da dominação de um gênero em relação ao outro, ou mesmo entre pessoas do mesmo gênero.

Apesar de poder ocorrer em relação a pessoas de qualquer gênero, este tipo de violência é histórica e hegemonicamente exercido do gênero masculino contra o feminino. A condição feminina, em diferentes contextos culturais e históricos, se apresentou como *conditio sine qua non* para

o exercício da violência, de forma a consolidar a dominação masculina (BOURDIEU, 2002).

Especialmente a partir da década de 1970, as discussões promovidas pelo movimento feminista foram essenciais para que se avançasse no reconhecimento das relações de domínio baseadas nas questões relativas ao gênero (BUTLER, 2003). O feminismo discutiu, pela primeira vez, o gênero fora do sentido estritamente biológico, chamando atenção para as representações sociais e simbólicas em torno do feminino.

Desde o início dos anos 1970, as feministas americanas denunciavam a violência sexual contra a mulher, porém, uma década depois é que esse fenômeno veio a ser apresentado como categoria sociológica e área de pesquisa, cuja configuração mais usada passou a ser violência contra a mulher e se caracterizou como a questão central do movimento feminista nacional (BANDEIRA, 2014, p.450).

Como destaca Lourdes Maria Bandeira, embora o uso da expressão “violência contra a mulher” tenha recebido significados diversos, variando conforme questões empíricas e epistemológicas, seu uso tende a conjugar sentidos equivalentes em diferentes nomenclaturas, tais como: “violência contra a mulher, violência doméstica, violência intrafamiliar, violência conjugal, violência familiar e violência de gênero” (BANDEIRA, 2014, p.451). Apesar da variedade de expressões, o gênero seria o ponto central para o exercício da violência:

Em outras palavras, ao escolher o uso da modalidade violência de gênero, entende-se que as ações violentas são produzidas em contextos e espaços relacionais e, portanto, interpessoais, que têm cenários sociais e históricos não uniformes. A centralidade das ações violentas incide sobre a mulher, quer sejam estas violências físicas, sexuais, psicológicas, patrimoniais ou morais, tanto no âmbito privado-familiar como nos espaços de trabalho e públicos. Não se trata de adotar uma perspectiva ou um olhar vitimizador em relação à mulher, o que já recebeu críticas importantes, mas destacar que a expressiva concentração deste tipo de violência ocorre historicamente sobre os corpos femininos e que as relações violentas existem porque as relações assimétricas de poder permeiam a vida rotineira das pessoas. (BANDEIRA, 2014, p.451)

Tais discussões culminaram com o reconhecimento, por parte do aparato jurídico, da existência de tal especificidade no exercício da violência, mesmo sob uma diversidade de expressões. No Brasil, destaca-se a promulgação da chamada Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340/2006), que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher; bem como a Lei do Feminicídio (Lei nº. 13.104/2015), que alterou o Código Penal brasileiro, prevendo o feminicídio como circunstância qualificadora para o crime de homicídio, incluindo-o ainda no rol de crimes hediondos.

Apesar de tais avanços terem se constituído no campo jurídico brasileiro, cabe destacar o alto grau de incidência da violência de gênero no país e as dificuldades para a aplicação da legislação. Não obstante, deve-se ainda apontar para as barreiras culturais ainda existentes, tanto na sociedade, quanto na estrutura do Estado, em relação ao tema, dificultando a constituição contínua de direitos e proteção às pessoas vulneradas por sua condição de gênero. Ainda neste sentido, atualmente, implicações teóricas e empíricas (no campo jurídico) têm apresentado novas questões para a abrangência do conceito de violência de gênero, relacionando-o não apenas à violência contra a mulher, mas em relação à diversidade de gênero, especialmente no que tange à violência perpetrada contra a população LGBTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexuais).

2. Desenvolvimento

Bourdieu indicou que o exercício da dominação masculina se estabeleceu historicamente valendo-se de “injunções contínuas, silenciosas e invisíveis” que hierarquizaram as relações entre os gêneros. Nesse caso, como violência simbólica, a dominação se exerce no sentido de naturalizar, dissimuladamente, os papéis sociais esperados da mulher e da própria condição feminina, sendo que tais determinações passam, por-

tanto, a se colocar como algo a ser aceito como evidente, natural e óbvio. Estabelece-se, neste ritmo, um governo físico e simbólico dos corpos que interfere diretamente em todos os campos da vida social, da família à divisão social do trabalho (BOURDIEU, 2002, p.71).

Se a preeminência do masculino sobre o feminino é resultado de uma violência simbólica, é porque ela é consequência de um poder que se impõe e que se reproduz simbolicamente, que muitas vezes não necessita de uma coerção física para ser reconhecido. Bourdieu destaca justamente esta opressão simbólica da dominação, deixando de lado a análise da opressão material contra as mulheres, ainda que admita sua existência (DEVREUX, 2005).

Dentre as consequências da extrema naturalização da dominação masculina, podemos destacar a maneira como, ainda hoje, as manifestações de violência intrafamiliar ou doméstica são reconhecidas por uma porção considerável das pessoas como assunto privativo e intocável. A norma moral que tida que “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”, é um reconhecimento sociocultural dos mais notórios no que tange à legitimação do exercício da dominação e da violência de gênero em âmbito doméstico-familiar (RITT et al, 2009, p.10).

Em sentido contrário à naturalização da violência ainda persistente, o movimento feminista construiu importantes espaços de reconhecimento e desnaturalização da violência de gênero, tal como aquela manifesta pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1995, quando reconheceu-se, pela primeira vez no âmbito da mencionada entidade, as assimetrias históricas entre homens e mulheres, considerando-se a violência de gênero

como um empecilho para que fossem alcançados objetivos de igualdade, paz, liberdade e desenvolvimento social, necessários para que direitos humanos fossem plenamente alcançados pelos cidadãos (PUTTIN; AZEVEDO, 2009, p.02).

No Brasil, após uma longa caminhada de discussões, desde pelo menos a década de 1980, quando ocorreu a instalação da primeira Delegacia Especial de Defesa da Mulher (1985), além da criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) e das Casas-Abrigo no ano seguinte (BRASIL, 2011), o principal símbolo do combate à violência de gênero foi materializado apenas em 2006, quando da promulgação da Lei 11.340, mais conhecida como Lei Maria da Penha, tendo representado importante avanço ao tipificar, especificamente, a violência doméstica e familiar contra a mulher. A importância da referida legislação no que se refere ao reconhecimento do gênero como elemento propulsor da violência pode ser observada a partir do conteúdo de seu artigo 5º, que determina o sentido da violência doméstica e familiar contra a mulher como sendo “qualquer ação ou omissão **baseada no gênero** que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”, grifo nosso. Não obstante, o mencionado artigo reconhece ainda diferentes dimensões da violência que não apenas a física, além de, em seu parágrafo único, afirmar que o reconhecimento de tais manifestações independem da orientação sexual, o que representa nítido avanço no que se refere ao reconhecimento da existência de gênero para além dos papéis historicamente atribuídos (BRASIL, 2006).

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:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - 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;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006)

Também o artigo 7º da mesma Lei reforma a necessidade de se reconhecer a diversidade de possibilidades do exercício da violência de gênero, ao apresentar com mais detalhes os diferentes tipos a serem considerados para além da visibilidade hegemônica da violência física, reconhecendo-se, portanto, o caráter simbólico da violência e sua extensão sobre as pessoas a ela submetidas:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.(BRASIL, 2006)

A centralidade do gênero feminino como motor para a ação violenta está disseminada em vários trechos da mencionada legislação, estando

coadunada com diferentes dispositivos legais nacionais e internacionais, como indicam, por exemplo, seus artigos 10, 20, 30 e 40:

Art.10. Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

[...]

Art. 20. Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

[...]

Art. 30.Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

[...]

Art. 40. Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.(BRASIL, 2006)

De acordo com Daniela Galvão de Araújo e Tiago Ribeiro Teixeira, a Lei Maria da Penha proporcionou ao Brasil atender às recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), levando-se em conta o fato de que a Emenda Constitucional nº45 fez com que se acrescentasse o parágrafo terceiro ao artigo 5º da Constituição, conferindo-se status constitucional aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos dos quais o país é signatário, sendo estes devidamente aprovados pelo Congresso. No caso,

faz-se referência direta à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. (ARAÚJO & TEIXEIRA, 2017)

A Lei Maria da Penha tem, portanto, papel central na materialização de aparatos jurídicos, como os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, além da ampliação do debate em torno da violência de gênero no Brasil, especialmente no que se refere à construção de políticas públicas de proteção às pessoas por ela afetadas, combatendo-se sua naturalização e aceitação social (PUTTIN; AZEVEDO, 2009, p.02). Neste sentido, cabe destacar entre as ações desenvolvidas no esteio da Lei Maria da Penha a promulgação da chamada Lei do Feminicídio (Lei nº. 13.104/2015), que alterou o Código Penal brasileiro, prevendo o feminicídio como circunstância qualificadora para o crime de homicídio, incluindo-o ainda no rol de crimes hediondos:

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

(...)

Feminicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

§ 20- Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

(BRASIL, 2015)

A mencionada legislação aprofunda a discussão sobre o caráter central da condição de gênero para o exercício da violência (feminicídio), reconhecendo tal manifestação criminosa como hedionda pela primeira vez na história brasileira. No entanto, outras possibilidades de identificação do exercício da violência de gênero, para além da violência contra a mulher, têm sido discutidas hodiernamente, especialmente quando se refere a representações ligadas à diversidade de gênero.

A expressão feminicídio foi cunhada por Marcela Lagarde, a partir do termo femicídio (femicide) para revelar as mortes de mulheres ocorridas em um contexto de impunidade e conivência do estado. Para Lagarde, para que ocorra o feminicídio devem concorrer a impunidade, a omissão, a negligência e a conivência das autoridades do estado, que não criam segurança para a vida das mulheres, razão pela qual o feminicídio é um crime de estado. Assim, Lagarde introduz um elemento político na conceituação, isto é, a responsabilidade do estado na produção das mortes de mulheres (LAGARDE, 2006).

Já a expressão violência de gênero tem sido compreendida hegemonicamente como quase um sinônimo de violência contra a mulher, por serem as mulheres os alvos principais deste tipo de violência (KHOURI, 2012). Contudo, o conceito tem recebido novos contornos, aumentando sua amplitude especialmente em relação às pessoas que vivenciam diferentes identidades de gênero, inclusive aquelas que não sejam binárias (masculino x feminino). Tal questão enseja não apenas transformações sociais, mas também jurídicas de grande relevância, especialmente se considerando o grande número de casos de violência envolvendo a população LGBTI no Brasil.

Bourdieu, por exemplo, trata a violência a partir de pares de oposição, a fim de demonstrar a universalidade da dominação masculina atribuindo a um sexo o exercício da dominação, considerando os indivíduos de sua análise apenas como “homens” e “mulheres” pretensamente universais, ignorando assim outras distinções sociais relevantes para os contextos que analisa, desconsiderando, portanto, outras identidades de gênero que também se apresentam como alvo da violência.

Tais questões colocam-se como desafio especialmente para o campo do Direito no Brasil, a partir da crescente (e justa) demanda pela ampliação do reconhecimento em torno dos crimes motivados pela identidade de gênero e orientação sexual, com conseqüente reconhecimento e ampliação de direitos civis e instrumentos protetivos às populações vulneradas.

Tais demandas, apesar das insistentes barreiras morais ainda levantadas, especialmente no campo legislativo, devem ser ressaltadas como objeto próprio do Direito, entendido como guardião das garantias de cidadania e fiscal das obrigações do Estado para com as pessoas. O princípio constitucional da igualdade universal, manifesto no artigo 5º da Constituição Cidadã de 1988, pode ser, portanto, indicado como aquele que asseguraria o reconhecimento da necessidade de se equalizar as relações sociais, combatendo-se as iniquidades de gênero existentes, garantindo-se, ademais, a punibilidade do desrespeito a tal preceito fundamental, especialmente contra pessoas que integram grupos historicamente vulnerados: mulheres, LGBT's, crianças, idosos, negros, indígenas.

Ainda no que se refere à necessidade de se aplicar o espírito constitucional quanto ao combate às iniquidades, cabe discutir neste âmbito o pleno reconhecimento das violências perpetradas em razão da orientação sexual e identidade de gênero, cujos índices brasileiros estão entre os maiores e mais graves no mundo. De acordo com o Relatório Pessoas LGBT mortas no Brasil, publicado pelo Grupo Gay da Bahia (GGB) e relativo a dados de 2017, 445 pessoas foram mortas no país em 2017 devido a sua orientação sexual ou identidade de gênero, também identificado pela entidade como crimes de homotransfobia (GGB, 2018). O índice é 30 por cento maior do que o verificado no ano anterior e o maior desde que a entidade começou a publicar o relatório, há 38 anos. Segundo o GGB,

A cada 19 horas um LGBT é barbaramente assassinado ou se suicida vítima da "LGBTfobia", o que faz do Brasil o campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais. Segundo agências internacionais de direitos humanos, matam-se muitíssimo mais homossexuais aqui do que nos 13 países do Oriente e África onde há pena de morte contra os LGBT. E o mais preocupante é que tais mortes crescem assustadoramente: de 130 homicídios em 2000, saltou para 260 em 2010 e 445 mortes em 2017. (GGB, 2018, p.01)

Pensando-se novamente no artigo 5º da Constituição, seu inciso XLI aponta para o combate à discriminação como princípio fundamental, sendo “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988). No esteio da garantia constitucional, Luiz Carlos Gonçalves chama atenção para o fato de que ser “a liberdade sexual, de identidade sexual, de gênero, orientação e prática sexual [...] uma liberdade fundamental”, relacionada ao direito à intimidade, relacionado, em nossa ordem jurídica, ao direito aos modos de vida, das formas de ser e estar no mundo, desde que não interfira em outrem (GONÇALVES, 2015). Para o mencionado autor, deixar de atender o dispositivo legal, especialmente no que se refere à previsão de punições aplicáveis aos atos de desrespeito às garantias fundamentais, é um ato de omissão. Neste sentido, os princípios constitucionais permitem que se reconheça a violência relacionada à homofobia e transfobia (LGBTfobia) como crime.

A partir da dicção de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais é possível reconhecer um mandado constitucional de criminalização de condutas ofensivas à liberdade de orientação e identidade sexual. A criminalização da homofobia e transfobia tem, portanto, lastro constitucional. (GONÇALVES, 2015)

Maria Berenice Dias caminha em direção semelhante ao indicar que o artigo 3º da Carta Magna, em seu inciso IV, preceitua como missão da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988 apud DIAS, 2010, p.1). A autora também afirma a omissão da sociedade e dos legisladores no que tange a ausência de reconhecimento da homofobia e transfobia como crime. A autora, destaca o fato de o poder judiciário, em diferentes momentos, ter se manifestado no sentido de garantir direitos à população LGBTI, especialmente “no âmbito do direito das famílias [união homoafetiva], direito previdenciário e sucessório”. No entanto, ressalvados tais avanços, menciona que “a Justiça não tem

como punir ações de natureza discriminatórias, pois ninguém pode ser condenado sem lei que tipifique a ação como delituosa” (DIAS, 2010, p.1).

No que tange aos dispositivos de proteção preconizados pela Lei Maria da Penha, especialmente quanto ao reconhecimento das questões atinentes à orientação sexual, Valéria Silva Galdino Cardin e Andréia Grego Santos, tecem interessante interpretação acerca da maneira como a lei apresenta possibilidade de reconhecimento dos diferentes arranjos familiares, incluindo-se os homoafetivos, ampliando, portanto, a proteção preconizada na legislação. As autoras relembram que “a Lei Maria da Penha protegeu as mulheres, independentemente da sua orientação sexual”, o que significa o reconhecimento do exercício da violência doméstica/familiar não apenas como produto da dominação masculina. Neste esteio, considera-se que

Sob o mesmo prisma, afirma-se que tal como as famílias formadas por lésbicas, as unidades familiares formadas por dois homens apresentam a mesma fragilidade e complexidade daquelas, significando, portanto, que independentemente de quem sejam os integrantes da família, os mesmos merecem a mesma proteção nos casos de violência doméstica.

Se houve a flexibilização, com a consequente aplicação da Lei Maria da Penha para os casais de lésbicas, por conseguinte, os casais homossexuais formados por homens mereceriam idêntica proteção. (CARDIN & SANTOS, 2014)

No entanto, mesmo que a legislação atinente às questões familiares reconheça a diversidade, inclusive para se compreender o exercício da violência, persiste a ausência de aparato legal que tipifique diretamente a violência de gênero perpetrada contra LGBTTs como crime. Não obstante, há de se ampliar as discussões legais em torno da categoria gênero, permitindo-se o reconhecimento de toda diversidade.

Por outro lado, a violência contra homossexuais pode ser também compreendida através das teorias feministas e de gênero, basicamente os agressores são homens, jovens, heterossexuais, e parecem professar uma ideologia machista e patriarcal, embora assumam determinadas nuances e expressões para cada segmento homossexual. O recurso da violência

parece irromper quando a ideologia e a dominação masculina encontram-se enfraquecidas e deslegitimadas, despontando como um recurso para a anulação e a subordinação dos outros “inferiorizados” e “fracos” aos seus interesses e controle.

O uso “legítimo” da força física pelo Estado, como descrito por Weber, tem revelado no Brasil um paradoxo, posto que muitos dos assassinatos venham sendo cometidos por policiais que abusam de sua autoridade, configurando no uso “ilegítimo” da força contra minorias sexuais executadas em áreas de prostituição. A prostituição e a homossexualidade não é um crime, mas são rotuladas e apreendidas pela força de repressão como condutas desviantes tomadas como ilegais. Esse fato vem revelando a homofobia institucional, praticada por policiais, inadmissíveis em um Estado Democrático de Direito. Essa pesquisa vem revelando as manifestações em diferentes setores da sociedade, e em especial na sociedade civil e política, perpetuada pelos “aparelhos ideológicos do Estado”, inclusive pela escola entre outros (ALTHUSSER, 1992).

Para além das lacunas legais ainda existentes quanto ao reconhecimento amplo da violência de gênero, cabe mencionar a maneira como o sistema de justiça brasileiro tem tentado desenvolver mecanismos de combate ao problema de maneira alternativa às vias legais convencionais. Nesse sentido, a chamada Justiça Restaurativa tem abordado a questão no que diz respeito à restauração laços e reinserção de vítimas e agressores no âmbito jurídico-social. Constelações familiares, mediações e outras iniciativas têm sido desenvolvidas em juizados especiais no sentido de se solucionarem litígios que incluem casos de violência de gênero, o que, por si, nos proporciona oportunidade de questionar se tal abordagem se faz suficiente para reparar os diferentes danos causados às pessoas expostas à violência.

A lei brasileira de modo geral, traz a Restauração como uma das possíveis “sanções” possíveis às infrações. No caso, diferentes experiências têm proposto que agressor e vítima “encararem frente a frente o seu problema”. No entanto, questiona-se se tal iniciativa é aplicável a ques-

tões como as atinentes à violência de gênero. Para Camila PaeseFedrigo e Débora Bós e Silva, afirmam que, embora tenha havido amplo concurso na justiça restaurativa de casos relativos às relações de gênero, “há restrições de ordem técnica, ou seja, recomendações feitas através de estudos e acompanhamentos de casos que não indicam a Justiça Restaurativa para casos de violência familiar ou abusos sexuais” (FEDRIGO & SILVA, 2013, p.13). Nesse sentido, se apresenta, dentre outros argumentos, que “a vítima pode acabar sendo revitimizada segundo os desdobramentos de um encontro malsucedido”. (FEDRIGO & SILVA, 2013, p.13)

Aproximar a vítima do agressor para exercitarem o seu direito de diálogo, informação e lamentação sobre o dano sofrido implica na revitimização, pois sabe-se da complexidade de transformar esse cenário de “círculos da paz” em realidade, quando a violência perpetrada é, especialmente, a de gênero. (FEDRIGO & SILVA, 2013, p.14)

Não obstante, as autoras argumentam ainda que para os casos de violência de gênero a Justiça Restaurativa, apesar dos bons resultados alcançados para outras questões, não seria o caminho mais frutífero para a resolução do problema dada a complexidade das relações sociais e simbólicas, havendo alto risco de se potencializar a violência ao invés de combatê-la.

Não se defende aqui que a Justiça Restaurativa não possa ser aplicada em outros casos, mas sim que, no caso de violência de gênero não se atinge a finalidade proposta, afinal, não se pode ser ingênuo a ponto de acreditar que o mero pedido de desculpa e o reconhecimento espontâneo de culpa seja suficiente para restaurar o “círculo da paz” ao status quo ante que a vítima se encontrava. Pelo contrário, estimula a impunidade e beneficia tão somente o infrator.(FEDRIGO & SILVA, 2013, p.15)

Tais questões se colocam com nítida pertinência, uma vez que as relações simbólicas de poder no que tange ao gênero são ainda naturalizadas e reforçadas pela estrutura social, valendo-se aindada au-

sência de aparatos legais que ampliem as possibilidades de criminalização e ampliação das garantias já previstas constitucionalmente.

3. Considerações finais

Quero pedir desculpas
A todas as mulheres
Que descrevi como bonitas
Antes de dizer
Inteligentes e corajosas...
Fico triste por ter falado
Como se algo tão simples
Que nasceu com você
Fosse seu maior orgulho
Quando seu espírito
Já despedaçou montanhas...
De agora em diante, vou dizer coisas como:
“você é forte!” ou “você é incrível!”.
Não porque eu não te ache bonita,
Mas porque você é muito mais do que isso”.

RupiKaur

Os versos da jovem poetisa feminista indiana RupiKaur dirigem-se a todas as mulheres, podendo ser compreendidos como um libelo à igualdade de gêneros, contra à história hierarquização e dominação masculina. No entanto, a beleza de tais palavras de indicar que outras estruturas devem ser redefinidas.

Apesar dos avanços conquistados a partir da Lei Maria da Penha e Lei do Feminicídio, o caminho para o amplo reconhecimento da violência de gênero como grave problema social ainda se faz tortuoso. Falta-nos o reconhecimento legal da complexidade e diversidade contidas na categoria gênero, relativa a diferentes maneiras ser e estar no mundo, especialmente contando-se as identidades de gênero e orientações sexuais. Nossos maiores desafios ainda se estabelecem justamente na

negativa moral e não-ética em relação à diversidade sexual, que torna o Brasil o pior cenário para pessoas LGBTI no mundo.

4. Referências

- ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de estado**. Rio de Janeiro: Graal, 1992.
- ARAÚJO, D. G.; TEIXEIRA, T. R. Violência doméstica e a Lei Maria da Penha: alterações processuais. **Jus Navigandi**, v. 1, p. 1-17, 2017.
- BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 449-469, Aug. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 de novembro de 2017.
- BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Tradução Maria Helena Kühner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 26 ago. 2019.
- BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **Balanco 2014. Disque 180. Central de Atendimento à Mulher**. Brasília: SPM, 2014. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/publicacoes/2015/balanco180_2014-versaoweb.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2019.
- BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**. Brasília: SPM, 2011. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/sobre/publicacoes/publicacoes/2011/politica-nacional>>. Acesso em: 26 ago. 2019.
- BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino; SANTOS, A. C. G. G. Do tratamento jurídico dispensado ao homossexual vítima de violência doméstica e familiar. In: José Sebastião de Oliveira; Luciana Costa Poli. (Org.). **Direito de Família**. 1. ed. Florianópolis-SC: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 492-512.

- CORRÊA, Mariza. Bourdieu e o sexo da dominação. **Revista Novos Estudos, CEBRAP**, n. 54, jul., 1999, p. 43-53. Disponível em: <<http://novosestudios.uol.com.br/produto/edicao-54/#5916604398fa8>>. Acesso em: 03 nov. 2018.
- DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena. Violência e gênero: novas propostas, velhos dilemas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 23, p. 165-185, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69092008000100011&script=sci_arttext>. Acesso em: 26 ago. 2019.
- DEVREUX, Anne-Marie. A teoria das relações sociais de sexo: um quadro de análise sobre a dominação masculina. **Sociedade e Estado**, Brasília, 2005, vol.20, n.3, pp.561-584. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v20n3/v20n3a03.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2018.
- DIAS, Maria Berenice. **Homofobia é crime?** Mimeo. 14 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_615\)homofobia_e_crime.docx.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_615)homofobia_e_crime.docx.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2018.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 20.ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1999.
- GONÇALVES, Luiz Carlos. Direito Penal: a criminalização da homofobia como forma de proteção de direitos fundamentais. **Justificando: Mentres inquietas pensando direito**. 03 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2015/07/03/direito-penal-a-criminalizacao-da-homofobia-como-forma-de-protecao-de-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 02 nov. 2018.
- GRUPO GAY DA BAHIA. **Pessoas LGBT Mortas no Brasil. Relatório 2017**. Salvador, 2018. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2018.
- KHOURI, José Naaman. Considerações Sobre a Violência de Gênero e Violência Doméstica Contra a Mulher. **Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso**. 14 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/portal/index.php/noticias/item/8419-artigo-consideracoessobreaviolenciadegenereoviolenciadomesticacontraamulher>>. Acesso em: 17 out. 2019.
- LAGARDE, Marcela y de losRíos. 2006. «**Del femicidio al feminicidio**». **Desde eljardín de Freud** 6: 216-225. Disponível em: <<http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/jardin/article/view/8343/8987>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

LIMA, Daniel Costa; BUCHELE, Fátima; CLÍMACO, Danilo de Assis. Homens, gênero e violência contra a mulher. **Saúde e Sociedade**. São Paulo, v.17, n.2, p.69-81, 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/sausoc/article/view/7578/9100>>. Acessado em: 26 ago. 2019.

PUTHIN, Sarah Reis; AZEVEDO, Rodrigo G. de. Violência de Gênero e Conflitualidade nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. In: XV Encontro Nacional da Associação Brasileira de Psicologia Social, 2009, Maceió. **Anais do XV Encontro Nacional da Associação Brasileira de Psicologia Social**. Maceió, 2009. Disponível em: <http://www.abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais_XVENABRAPSO/208.%20viol%Cancia%20de%20g%CAnero%20e%20conflitualidade.pdf>. Acessado em: 26 ago. 2019.

QUINTANILHA, K. C.; DOMINGUES, R. M. Gênero: Violência Doméstica contra a Mulher. **Produção Científica Cejurps**, v. 1, p. 367-372, 2009.

RITT, Caroline Fockink; CAGLIARI, Cláudia Taís Siqueira; COSTA, Marli Marlene da. Violência cometida contra a mulher compreendida como violência de gênero. **Núcleo Interdisciplinar de Estudos sobre Mulher e Gênero**. Porto Alegre: NIEM / UFRGS, 2009. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/artigo_violencide%20genero>. Acesso em: 26 ago. 2019.

SCHERAIBER, Lilia Blina et al. Prevalência da violência contra a mulher por parceiro íntimo em regiões do Brasil. *Revista Saúde Pública*, 2007; 41(5): 797-807. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v41n5/5854.pdf>>. Acesso em: 03 de novembro de 2017.

SILVA, Débora Bós e.; FEDRIGO, Camila Paese. Justiça Restaurativa e Violência de Gênero: Possibilidade ou utopia do resgate da convivência pacífica no ambiente afetado pela violência? **Revista Eletrônica Refletindo o Direito**, v. 1, p. 1, 2013.

ZAPATER, Maíra. Violência contra mulheres, violência doméstica e violência de gênero: qual a diferença? **Justificando: mentes inquietas pensam Direito**. 12 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/03/10/violencia-contra-mulheres-violencia-domestica-e-violencia-de-genero-qual-a-diferenca/>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

A prática delitiva pela mulher e o encarceramento como *Locus* de violência simbólica

*Fabício Veiga Costa*¹

*Aparecida Dutra de Barros Quadros*²

1. Introdução

O objetivo geral da presente pesquisa consiste na investigação do ambiente prisional enquanto *locus* de violência e dominação exercido sobre a mulher encarcerada.

A temática em tela ganha relevância e se justifica em razão da robustez prática do debate no âmbito social, jurídico e acadêmico, na medida em que se observa a imprescindibilidade da incorporação de perspectiva de gênero no planejamento de ações e estratégias com recorte à condição da mulher em regime de privação de liberdade, visto que o estabelecimento penal planejado, construído e administrado para e por homens caracteriza violação aos direitos da mulher por ser mulher na perspectiva de Simone Beauvoir.

O Direito Penal como instrumento de controle social visa proteger os bens jurídicos de valor maior da sociedade e em razão do caráter de subsidiariedade da reprimenda penal, somente poderá ser aplicado

¹ Pós-Doutor em Educação pela UFMG . Doutorado em Direito Processual pela PUCMINAS, Mestrado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialização em Direito Processual pela PUCMINAS, Direito de Família pela PUCMINAS e Direito Educacional pela PUCMINAS Professor permanente do programa de pós-graduação *stricto sensu* em proteção dos direitos fundamentais da Universidade de Itaúna.

²Mestre do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direitos Fundamentais Universidade de Itaúna//MG. Graduada em Direito. Especialista em Direito Público, Direito Civil e Direito Registral e Notarial.

quando e se os demais ramos de direito se mostrarem ineficientes para a proteção ou controle social.

Ademais, o cárcere é um centro de replicação de violência do Poder Estatal. Em razão disso procurou-se investigar o conceito de violência simbólica de Pierre Bourdieu em face da densidade teórica do tema problema enquanto violência de gênero exercida pelo poder do estado contra a mulher autora de prática delitiva.

Nesse descortino, pode-se afirmar que o encarceramento da mulher não é a melhor medida para o enfrentamento da violência criminal, visto que a natureza, gravidade e gênero dos crimes praticadas pela mulher apresentam peculiaridades a não justificar o aprisionamento, devendo o poder punitivo do Estado, apenas em *ultimaratio* ser exercido para a segregação de pessoas e, para tanto o aparato estatal deve estar voltado para a efetivação das garantias penais e processuais com vistas a não imposição da violência simbólica externada como atos de poder e de ordem, mas que nada mais se caracteriza senão como práticas de dominação de uns sobre os outros, isto é dominante versus dominada.

O Direito deve ser compreendido como fato social e jurídico, mas diante da realidade do sistema prisional brasileiro não há esforço para constatação de que o ambiente carcerário é inóspito e fomentador da coisificação do ser humano, o que no caso da prática delitiva da mulher contribui para sua alteridade, exclusão, invisibilidade, silenciamento e opressão. Práticas essas caracterizadoras da violência simbólica, na qual opressores e oprimidos se inserem em um círculo vicioso, de cumplicidade tácita daqueles que sofrem e também daqueles que a exercem, pois incapazes de conscientes romperem com o campus de dominação de poder instalada no sistema penitenciário brasileiro.

Ao longo da pesquisa buscou-se examinar o crescimento do encarceramento feminino enquanto fator potencializador das vulnerabilidades próprias do gênero para em seguida sob a perspectiva de novas diretrizes lançar um olhar ao *locus* de encarceramento da mulher, cujo

ambiente reproduz a violência de gênero historicamente enraizada pela sociedade patriarcalista e capitalista e que deve ser superada.

O número de presas que atinge o somatório de 45.989 mulheres, segundo o último levantamento estatístico de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça, realizado entre junho/2015 a junho/2016 e divulgado em dezembro de 2017, cujos dados são duplamente preocupantes ao ser somado à acentuada invisibilidade feminina nesse cenário, visto que na população carcerária de 726.712 mil presos predomina o público masculino a contar o número reduzido de mulheres se comparado ao contingente de reclusos que totalizam 680.723 homens (BRASIL,2017).

Como resposta provisória e intuitiva ao tema problema tem-se que o aparelho estatal punitivo do Estado não é o que diz que ele é, isto é, que funciona como agente ressocializador e garantidor da igualdade e da segurança pública. Ao contrário, funciona o Estado como um replicador da violência, notadamente da violência de gênero praticada contra a mulher encarcerada, uma violência simbólica de poder e dominação masculina, silente, invisível e disfarçada que desconsidera o ser humano essencial ao enxergar a mulher no sistema penal como o “outro”, isto é, aquela que não é homem.

O presente estudo é fruto de pesquisa do tipo teórico-bibliográfica e documental, realizada pelo método dedutivo e se divide em três seções além da Introdução e Conclusão, pois o primeiro capítulo abordará a violência de gênero e a prática delitiva examinando-se a exclusão e invisibilidade da mulher aprisionada. No segundo capítulo buscou-se desmitificar gênero, sexo, sexualidade e o que é ser mulher na perspectiva de Simone Beauvoir. No terceiro e último capítulo tratou do encarceramento da mulher como *locus* de violência simbólica de Pierre Bourdieu.

2. Violência de gênero e a prática delitiva pela mulher

O século XX foi, sem dúvida, um divisor de águas na tomada de consciência de grupos identitários, impondo uma nova correlação de

forças nas relações de poder e dominação que passa a ditar as novas relações sociais.

Diante de um certo desencantamento com o projeto socialista, no final do século XX, as pautas de grupos historicamente estigmatizados ganham um novo fôlego nas discussões teóricas e dos movimentos sociais organizados. Os grupos culturais minoritários, aprisionados nos limites artificiais dos Estados Nacionais, muitas vezes silenciados em suas pautas e expressões culturais, à exemplo das pessoas LGBTI, mulheres, minorias religiosas e étnicas, imigrantes e negros, passam a forçar o debate público em torno dos modos de produção de exclusões e violência que lhes atingem. Soma-se às pautas econômicas a demanda por reconhecimento do valor moral do grupo, ou seja, o respeito pelas suas particularidades e preservação de seus atributos identitários.

Nessa ordem, o combate à violência, física e simbólica aparece como pauta quase geral e é reconhecida como modo de degradação moral do sujeito e o movimento feminista está, portanto, inserido nesse amplo processo de tomada de consciência da identidade e da posição social.

A luta pela diferença, pela igualdade e aceitação das próprias e peculiaridades condições se faz ainda presente e necessária, por essa razão os grupos identitários, como o são os movimentos feministas e outros grupos não dominantes de indivíduos, os quais partilham determinadas características diferentes da maioria da população, procuram então ser aceitos na sociedade de forma a ser preservado e respeitado a sua identidade, mas ainda é incipiente o empoderamento dos sujeitos que se vêm submetidos a uma estigmatização por pertencerem a um grupo considerado como minoria, sendo fato, inconteste e persistente o preconceito e violações aos direitos das mulheres, de negros, das pessoas lésbicas, gays, travesti, transexuais e intersexuais, das minorias religiosas, étnica-se outros.

É preciso realçar que dizer que mulheres são diferentes dos homens é a princípio irrefutável e elogiável, mas reduzir essa diferença ao domínio biológico, à natureza, à cultura ou socialização é perpetuar o silêncio

e as instancias de opressão vez que podem implicar o entendimento da concepção distorcida das relações entre os gêneros, pois como bem salienta Boaventura de Souza Santos: “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza;temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza” (SANTOS,2010,p.458).

Nesse contexto, pode-se afirmar que nenhum destino biológico, psico, econômico e legal define a forma feminina humana na sociedade e, emancipar a mulher por meio de liberdades abstratas tratadas na lei, nada mais faz que a empurrar para a sua segregação e resignação no cárcere diante de uma censura silenciosa do exercício de poder e dominação masculina sob a máscara do cumprimento da penalidade estatal.

2.1 A importância do movimento feminista na inclusão e visibilidade da mulher

A importância do movimento feminista está para além das implicações imediatamente sentidas pelas mulheres. As relações de gênero até então consolidadas se tornaram um dos aspectos centrais do modo de organização social. Impor, portanto, um rearranjo de forças nas relações de gênero faz mudar profundamente as estruturas sociais, historicamente cristalizadas.

Esse ruptura e redistribuição social pode ser sentida, entre outras mudanças,com o ingresso das mulheres no mercado de trabalho, o que fez reconfigurar a relação entre proletariado e burguesia. No momento em que a mulher ingressa no mercado de trabalho, não somente fixa sob outras bases a relação com o homem como também faz alterar a relação entre capital e trabalho. Em outro sentido, em termos políticos, a participação da mulher nas disputas políticas partidárias vai forçar os limites até então postos na própria noção de cidadania.

Embora haja certa semelhança nas demandas de participação políticas dos grupos, as relações de poder e o modo como operam a violência, em cada caso, mantêm uma complexidade que lhe é própria. As estrutu-

ras simbólicas que fundamentam a situação de subjugação e os privilégios dos grupos sociais serão distintas em cada grupo.

É partindo dessa concepção que o movimento feminista vai buscar entender o modo como opera a relação de exclusão da mulher. E para, além disso com o aprofundamento dos estudos, vai se percebendo que era preciso não mais partir de uma categoria abstrata de mulher, o que conduziria a um novo modo ideológico de produção de sujeito, apartado dos sujeitos políticos reais. Essa idealização tenderia a elevar a categoria universal de sujeito pouco representativo, ignorando toda a complexidade da realidade concreta vividas pelos indivíduos que sentem a disputa política.

A exclusão das mulheres, portanto não se daria de um único modo. A posição ocupada por uma mulher branca, acadêmica, com boa condição econômica, heterossexual é diferente da mulher pobre, gorda, com baixa escolaridade, não binária e negra. Nessa ordem de ideias não poderia criar uma categoria abstrata de mulher, sob pena de, na verdade, sufocar grupos que não teria condições de colocar seus interesses em discussão.

Os indivíduos deveriam ser considerados na sua realidade concreta, na complexidade própria de sua realidade. Os interesses das mulheres casadas, numa relação heteroafetiva tradicional, que via de regra, são por uma situação de igualdade no interior da relação com o homem, ao passo que, para um casal de lésbica, os interesses podem ser por um reconhecimento do Direito da própria relação. É nesse sentido que os sujeitos políticos atingidos devem ser colocados eles próprios para verbalizar seus próprios interesses, é dar-lhes voz afim de que ocupem espaços até então que lhes fora negado.

A lógica das políticas atuais e dos discursos internacionais e nacionais dos defensores da não discriminação coloca as lentes nas diferenças com o escopo de se obter uma maior inclusão, pois não abordar as diferenças acaba por obstaculizar ou mesmo negar a proteção de direitos que todos os indivíduos são titulares por serem seres humanos.

Os elementos diferenciais criam vulnerabilidades exclusivas de grupos identitários, a exemplo dos movimentos feministas, mas não

enxergá-los é acentuar a violação, como também evitar os debates e a publicização estará, desta forma impedindo o reconhecimento das diferenças e fomentando diversas formas de exclusão, invisibilidade, censura e discriminação.

3. Desmistificando gênero e a sexualidade

Os conceitos gênero e sexualidade passaram a ocupar destaque nas últimas décadas nos ambientes acadêmicos e nos movimentos sociais. Se tornou, nos últimos anos, um dos aspectos centrais para a análise das problemáticas sociais. Entretanto, os sentidos desses termos foram construídos historicamente.

O termo “gênero”, conforme aponta Joan Scott surgiu entre as feministas norte-americanas para insistir no caráter social da distinção entre os sexos. Com o termo “gênero” enfatizava-se o caráter relacional das construções da distinção entre o feminino e o masculino:

No seu uso mais recente, o “gênero” parece ter aparecido primeiro entre as feministas americanas que queriam insistir no caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo. A palavra indicava uma rejeição ao determinismo biológico implícito no uso de termos como “sexo” ou “diferença sexual”. O gênero sublinhava também o aspecto relacional das definições normativas das feminilidades. As que estavam mais preocupadas com o fato de que a produção dos estudos femininos centrava-se sobre as mulheres de forma muito estreita e isolada, utilizaram o termo “gênero” para introduzir uma noção relacional no nosso vocabulário analítico. Segundo esta opinião, as mulheres e os homens eram definidos em termos recíprocos e nenhuma compreensão de qualquer um poderia existir através de estudo inteiramente separado. Assim, Nathalie Davis dizia em 1975: “Eu acho que deveríamos nos interessar pela história tanto dos homens quanto das mulheres, e que não deveríamos trabalhar unicamente sobre o sexo oprimido, do mesmo jeito que um historiador das classes não pode fixar seu olhar unicamente sobre os camponeses. Nosso objetivo é entender a importância dos sexos dos grupos de gênero no passado histórico. Nosso objetivo é descobrir a amplitude dos papéis sexuais e do simbolismo sexual nas várias sociedades e épocas, achar

qual o seu sentido e como funcionavam para manter a ordem social e para mudá-la”.(SCOTT, p.90).

Por outro lado, o termo gênero tem em si um potencial político que remonta de certo modo com a própria construção histórica de seu sentido, pois nos dizeres de Joan Scott o estudo terminológico da expressão gênero teria o potencial de transformar fundamentalmente os paradigmas no seio de cada disciplina, impondo uma reavaliação crítica das premissas até então existentes ao promover uma redefinição e alargamento das noções tradicionais.” (SCOTT, pp.03/04).

Não é por acaso que grupos conservadores, inconformados com as conquistas de direito por LGBTI e mulheres, têm feito da própria palavra “gênero” um termo proibido. Grupos religiosos conservadores têm promovido no país uma verdadeira cruzada contra o termo “gênero” em leis e outros atos normativos e também em materiais didáticos. Cria-se uma espécie de histeria em torno do termo. Talvez isso demonstre o potencial desestabilizador do conceito, sendo necessário que ser combatido, o que se busca fazer por meio da exclusão, ocultamento e invisibilidade, o certo é que desde a sua origem o termo gênero já nasceu como fruto de resistência em face a naturalização da dominação.

Jean Scott aponta que recentemente, em uma acepção do termo, “gênero” tem sido usado como sinônimo de “mulher”, buscando dar um caráter científico ao trabalho acadêmico e afastar da análise política. Em outro sentido, sustenta que o termo também aparece para estabelecer uma relação entre mulheres e homens, apontando a relação necessária de estudo desses sujeitos, partindo-se do pressuposto de que qualquer estudo sobre o tema deve partir de uma análise sempre relacional. E por fim o gênero também pode significar as relações sociais entre os sexos, sendo que por essa conceituação o gênero é conceito necessariamente social e – ao mesmo tempo – impositivo, concluindo escreve:

Apesar do fato dos(as) pesquisadores(as) reconhecerem as relações entre o sexo e (o que os sociólogos da família chamaram) “os papéis sexuais”, estes(as) não colocam entre os dois uma relação simples ou direta. O uso do

“gênero” coloca a ênfase sobre todo um sistema de relações que pode incluir o sexo, mas que não é diretamente determinado pelo sexo nem determina diretamente a sexualidade.”(SCOTT,p.7).

Pondera-se, entretanto que aceitar a concepção do signo gênero como substituto do signo mulheres é o mesmo que aceitar que a informações acerca de mulheres é necessariamente informação sobre os homens, que uma estrutura social, arquitetônica e mercadológica é a mesma do continente e conteúdo, implicando, dessa forma na concepção tradicional, arraigada e violenta de que o mundo é dos homens e que as mulheres apenas integram esse espaço, isto é, que o mundo das mulheres é criado dentro e por esse mundo dos homens.

Essa interpretação é cristalina ao se examinar os espaços destinados a mulheres, notadamente no cárcere, onde à mulher detenta é reservado os estabelecimentos que sobraram, ou seja, que não mais se mostram adequados/seguros para abrigar detentos homens e que nesse momento, aquele espaço edificado para e pelos homens ficará destinado para presídios femininos, realçando-se claramente que o cárcere é um *locus* de reprodução de violência de gênero contra a mulher, entretanto deixo de desenvolver essas ideias aqui, uma vez que elas serão retomadas ao longo da pesquisa.

Retornando à desmistificação de gênero e a sexualidade, tem-se que a matriz explicativa da subjugação das mulheres passava pelo aprofundamento da distinção entre sexo e gênero. Enquanto o sexo era dado pela natureza, o gênero seria a construção de sentido culturalmente determinado em relação ao sexo. Ou seja, ao sexo seria dada uma espécie de roupagem cultural.

Por esse sentido a subjugação histórica das mulheres seria explicada a partir da construção das normas e papéis sociais em relação ao gênero. Enquanto o sexo seria a expressão natural, o gênero seria a expressão cultural dessa expressão. Portanto, a disputa política se daria em torno do gênero. Ou seja, o sentido cultural a ser dado ao sexo, sendo nesse exato contexto que a subjugação e subordinação das mulheres teria a sua gênese.

3.1 Gênero: uma noção política

Em tentativa de conceituação de gênero e sexualidade Jean Scott afirma que o termo gênero deveria ser analisado em duas partes, ligadas entre si. Assim gênero seria, ao mesmo tempo, o “elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos” e também “a forma primeira de significar as relações de poder”(SCOTT,p.21).

Joan Scott definindo gênero com elemento constitutivo das relações sociais baseada nas diferenças entre os sexos propõe o subdividir em quatro aspectos:em um primeiro aspecto, haveria a simbolização dos elementos culturais disponíveis para a manutenção das diferenças entre os sexos, por exemplo em torno de figuras como Eva, na tradição judaico-cristã. No segundo aspecto dirá respeito à normatização dos sentidos a ser dados pelos símbolos culturais, promovendo uma contensão de sentidos, rejeitando sentidos subversivos. Em uma terceira dimensão, haveria a fixidade dos papéis de gênero, ou seja, aos papéis culturais seriam dados a estabilidade ao longo do tempo e por fim, o quarto aspecto estará ligado a dimensão subjetiva. Ou seja, as diferentes posições de poder teriam na distinção do sexo a sua explicação (SCOTT,pp.21/22).

O certo é que o termo gênero foi inserido nas discussões com caráter fortemente político, como espaço de disputa de poder e é em torno da noção desse termo que as discussões vão ser travadas. Talvez isso explicaria o combate implacável ao termo gênero por grupos conservadores, o que se denota aí um potencial altamente desestabilizador na relação gênero, sexo e sexualidade.

3.1.1 Gênero, Sexo e a Sexualidade

A história humana talvez possa ser analisada sob um fio condutor específico: a sexualidade. As expressões da sexualidade ou sofreram as consequências das grandes transformações sociais ou foram motores

dessas mudanças. Se por um lado, o sexo pode ser concebido como modo de reprodução da vida e, portanto, modo de possibilitar o avanço de si, por outro, essa mesma reprodução é meio de outras produções humanas. O modo de organização social pode ser talvez explicado a partir de um olhar do papel que a sexualidade desempenha em cada sociedade.

A sexualidade não deve, desse modo, ser reduzida a simples manifestações naturais do desejo, independentes de quaisquer outras expressões humanas. No livro *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, Friedrich Engels vai apontar o impacto da possibilidade de acúmulo de bens, pelo desenvolvimento das técnicas, nas configurações familiares e regras de expressões da sexualidade. A possibilidade de acumulação de bens vai determinar, por exemplo, a mudança de uma sociedade matriarcal para um patriarcado, a ideia de herança, relação de parentesco, a proibição do incesto, a monogamia etc. Paulatinamente, as organizações familiares e seu intercâmbio cultural e de mercadoria vão demandando uma gestão central de interesse, surgindo assim a noção primitiva de Estado. (ENGELS,1984).

Michel Foucault, no livro *História da Sexualidade: a vontade de saber I*, aponta as profundas alterações nas regras e modo de produção do saber em torno da sexualidade com a acessão da burguesia. Trata-se não só de um novo olhar sobre a sexualidade, mas uma nova forma de viver desse novo homem burguês. Ao mudar a formas de produção de mercadoria, o homem impôs a si mesmo um novo modo de si reproduzir (FOUCAULT,1999).

Se é verdade que a sexualidade parece ser um tabu em todas as civilizações,(FREUD, 2003,pp.95/96).³ também é possível afirmar que os contornos e intensidade da repressão às manifestações sexuais em determinados momentos históricos podem ser mais marcantes e visíveis

³O tabu em torna das expressões da sexualidade pode ser notado em quase todas as culturas. Freud chama atenção para o tabu em torno da virgindade. Certas culturas primitivas atribuem a uma pessoa, que não o marido, o papel de perfurar o hímen no momento do casamento, em outras isso deve ser feito na puberdade, em outras ainda o ato deve ser realizado por uma mulher idosa, em outras pelo pai da noiva etc. (FREUD, 2003, pag. 95-96). Isso mostra que as manifestações da sexualidade são saturadas de sentido, sendo a virgindade apenas um exemplo.

que em outros. O mistério em torno dos símbolos da sexualidade, seja por seu caráter elevado de sentido ou repugnante, mostra que a questão não é bem compreendida pelo ser humano. Há algo de impenetrável ou ininteligível na sexualidade.

A genealogia aponta que, no início do século XVIII, teria a sexualidade entrado em um crepúsculo. Se, no início do século XVII, no discurso da sexualidade “ainda vigorava uma certa franqueza” (FOUCAULT,1999,p.09), no século seguinte, a sexualidade deixou de circular nos diálogos correntes e passou a ser algo dado ao segredo. O cuidado ao falar foi dando lugar ao controle do que é dito, a necessidade da confissão e ao refinamento científico dos saberes da sexualidade. Se em um primeiro momento, a sexualidade é interdita ao discurso, o momento seguinte é marcado pela necessidade de falar, mas era preciso dizer de forma peculiar e cuidadosa para controlá-la nos seus mais íntimos ímpetos. Esse controle passa à ciência em um momento de aprofundamento dos saberes sobre o sexo.

A sexualidade pode, nesse sentido, ser entendida como uma conjugação de fatores biológicos, psicológicos e sociais transcendentais aos limites do ato sexual, pois insertos nessa simbiose encontram-se sentimentos, desejos, sensações e interpretações, resultando outrossim, em diversificadas formas de vivências afetivo-sexuais ao que denomina-se diversidade sexual.

Sexo por sua vez é a terminologia usada como referência ao gênero e define como a pessoa é ao ser considerada como do sexo masculino ou feminino, porém sexo é biológico e gênero é construção social. Assim é que o sexo biológico é o conjunto de informações cromossômicas, composto dos órgãos genitais, da capacidade reprodutiva e das características fisiológicas secundárias que distinguem – machos e fêmeas e gênero é a conformação física, orgânica e celular que permite distinguir nas espécies os machos e as fêmeas e, na espécie humana o sexo feminino e sexo masculino.

Gênero, portanto é o conceito criado para distinguir a dimensão biológica da dimensão social, pois pela biologia a espécie humana é divi-

dida em homem e mulher, contudo a maneira de – ser masculino – ou – ser feminino – trata-se por sua vez de uma construção social expressada pela cultura e não exatamente pela anatomia dos corpos físicos, ao que se pode dizer que homens e mulheres são produtos da realidade social de acordo com a cultura e a época histórica, onde, nas quais se define a identidade sexual e os papéis sexuais.

Dessa forma pode-se afirmar que os papéis sexuais ou papéis de gênero correspondem aos comportamentos históricos, sociais e culturalmente determinados que a pessoa desempenha na sociedade e, esses papéis são adstritos pela sociedade do que se espera dos homens e das mulheres. Assim diante do papel sexual espera-se que a mulher feminina comporte-se em regra com feminilidade, se maquie, fale pausado em tom suave e outras mais características, decorrendo daí que a mulher que não se apresentar por esses traços é masculinizada. E o papel de gênero que a sociedade espera do homem é caracterizado pela masculinidade e virilidade, força e determinação.

Como se verifica o papel sexual ou papel de gênero é uma realidade construída socialmente, pelo que ser homem ou ser mulher não é um comportamento natural decorrente de diferenças biológicas entre os sexos.

3.2 A sexualidade em contexto

Até a metade do século XVII, embora não se possa dizer que a sexualidade fosse inteiramente livre, porque não o era, havia até então uma certa tolerância nas manifestações sexuais. Os códigos da sexualidade eram frouxos. Não se despertava tamanho interesse pelas manifestações sexuais das crianças, das mulheres e as sexualidades “desviantes” do padrão moral vigente, não se sentia o rigor frio de sua imposição.

Aos poucos a sexualidade é encerrada, silenciada e submetida as regras da procriação. “Em torno do sexo, se cala. O casal, legítimo e procriador, dita a lei. Impõe-se como modelo, faz reinar a norma, detém a verdade, guarda o direito de falar, reservando-se o princípio do segre-

do”.(FOUCAULT,1999,p.09). Esse controle sobre a sexualidade teria surgido quando paulatinamente ascendia ao poder a nova classe burguesa. Enquanto a burguesia ampliava seu poder, a sexualidade tendia a desaparecer como manifestação livre. Em um primeiro momento os dispositivos de poder sobre a sexualidade no meio social operavam via a interdição, a proibição, seja nas falas, nas práticas e manifestações da sexualidade.

Impôs, assim, a lei do silêncio, “[...] constatação de que, em tudo isso, não há nada para dizer, nem para ver, nem para saber”.(FOUCAULT,1999,p.10).A função do sexo passa a ser a procriação, restringido ao mínimo necessário. O casal procriador deveria exercer a única função do sexo em segredo, com muita parcimônia nos gestos, toques e carícias. A religião passaria a determinar em seus códigos quais eram as manifestações sexuais permitidas.

Michel Foucault aponta que no século XVIII teria operado uma mudança em relação ao sexo. A preocupação com o sexo deixa se ocupar apenas os religiosos e passa a uma questão de polícia. “Polícia do sexo: isto é, necessidade de regular o sexo por meio de discursos úteis e públicos e não pelo rigor de uma proibição”(FOUCAULT,1999,p.31). Pelo controle do sexo é possível controlar o crescimento populacional, criar mão de obra, pensar em políticas de saúde. Trata-se de ver o sexo como mecanismo eficaz de produzir um contingente economicamente viável.

A partir do século XVIII, o controle sobre a sexualidade se tornaria mais refinado. Na medicina, através das “doenças dos nervos”; a psiquiatria, na procura pelas extravagâncias; também a justiça penal, pela procura de ações contra a moral; na pedagogia, através do controle sobre as crianças(FOUCAULT,1999,p.37). Ao final, nada mais escapava do olhar repressivo da sexualidade. Opera-se, assim, um poder que se ramifica sobre a sociedade e penetra em todos os ambientes, na escola, família, igrejas, hospitais e internatos.

Desenvolve-se um grande conhecimento sobre a sexualidade. Nessa ânsia de conhecer, operou um amplo dispositivo de poder capaz de fazer

a sexualidade se revelar. O sexo é classificado, separado, comparado, submetido a testes, criam-se espécies de perversões e subespécies. Criam-se as figuras desviantes do sexo, a mulher frígida, o marido impotente, sádico, perverso, a moça histérica, a criança precoce, o jovem homossexual, que recusa o casamento ou a esposa.

Nesse contexto a sexualidade pode ser colocada em aspectos políticos, vale dizer, há um jogo de poder que constrói o sujeito pelo discurso. Michel Foucault aponta essa relação permeada pelo poder que se opera em um discurso que visa impor uma normatividade. Essa normatividade que se produz pelo discurso da sexualidade, de forma mais ou menos consciente, tem seus objetivos determinados. “Nas relações de poder, a sexualidade não é o elemento mais rígido, mas um dos dotados da maior instrumentalidade: utilizável no maior número de manobras, e podendo servir de ponto de apoio, de articulação às mais variadas estratégias”(FOUCAULT,1999,p.114). A sexualidade é, assim, colocada como instrumento no exercício do poder e dominação.

3.3 Patriarcalismo, coisificação e invisibilidade da mulher

Nessa busca da análise conceitual do termo gênero, tal como associado ao estudo das coisas relativas às mulheres, desenvolvem-se teorias que buscam explicar a origem do conceito e dessa forma explicar as mudanças na história. Uma abordagem para análise do gênero, entre outras, remonta ao patriarcalismo o qual concentra sua atenção na subordinação das mulheres e na necessidade do macho dominar a fêmea.

Essa definição tem uma vertente de explicação calcada no efeito do desejo dos homens de transcender a sua impossibilidade de reprodução da própria espécie(CORSO,2016), mas que sendo a reprodução a chave do patriarcado, a resposta está mais na subjugação da sexualidade em si entre homens e mulheres e, menos na reprodução, forçando a desigualdade da relação sexual em si mesma, à exemplo da posição superior no ato sexual, ao que Guacira Lopes Louro chama de visão reduzida e sim-

plista de “homem dominante versus mulher dominada” .(LOURO, 2014, pp.37 e41), o que reforça as relações desiguais de todo o sistema de relações sociais, econômicas, políticas e estruturais, decorrendo portanto exclusão, segregação, silenciamento e invisibilidade da mulher.

Guaciara Lopes Louro assim escreve:

Tornar visível aquela que fora ocultada foi o grande objetivo das estudiosas feministas desses primeiros tempos. A segregação social e política a que as mulheres foram historicamente conduzidas tivera como consequência a sua ampla invisibilidade como sujeito – inclusive como sujeito da Ciência. (LOURO,2014, p.21)

Outra consideração a merecer atenção é a dominação que o patriarcado exerce na apropriação masculina do labor mercadológico e econômico do capitalismo, pois a causalidade econômica do mercado de trabalho torna prioritário o patriarcado na medida em que se desenvolve em função das relações de produção, dando ênfase à dominação masculina e a invisibilidade da mulher, cujas disposições sociais exige-se que os homens trabalhem e as mulheres cuidem da criação do filhos e organização da família.

Na sociedade patriarcal e capitalista a mulher é vista como propriedade, primeiro dos pais, dos irmãos, depois dos maridos e companheiros. Trata-se do exercício de uma opressão violenta, por vezes disfarçada ou explícita, exercida desde a infância e independe da classe social, econômica, religiosa ou cultural. Pelo que se percebe é latente a violência sobre a mulher, violência essa que a invisibiliza, que a cala, que a silencia.

Destarte, a mulher vítima de violência ao longo dos anos de sua existência se torna acanhada, tímida, submissa, seja frente a autoridade dos pais, dos irmãos, do marido, do companheiro, “[...] A meio caminho entre a revolta e a escravidão resigna-se a contragosto à autoridade masculina. É pela violência que se faz preciso, em cada ocasião, obrigá-la a endossar as consequências de sua submissão incerta[...]. (BEAUVOIR,2016,p.423). Assim, como se verifica a mulher esteve e permanece subordinada aos homens “é mais confortável suportar uma

escravidão cega que trabalhar para se libertar: os mortos também estão mais bem adaptados a terra que os vivos.”(BEAUVOIR,2016,p.339) e, dessa forma está a mulher subordinada ao final a toda à sociedade, pois que adaptada à serviencia e ao poder e dominação masculina.(BEAUVOIR,2016,p.546).

É certo que desde os tempos do patriarcado julga-se útil manter as mulheres sob a dependência, mas o fato é que os homens encontram na mulher mais cumplicidade do que em geral o opressor encontra no oprimido e, na palavras de Simone Beauvoir, disso tiram eles autoridade para declarar que as mulheres querem o destino que lhes é imposto, mas que pode ser explicado pela hierarquia social do gênero masculino e pela cumplicidade feminina com a sua própria pressão, a qual a mulher aceita resignadamente o papel de vítima e que se transforma em uma autocensura silenciosa.(BEAUVOIR,2016,p.464).

Para Simone Beauvoir a diferença sexual imposta pelo histórico patriarcal estabelece uma estrutura hierarquizada nas relações sociais, no trabalho, na educação, na família e na cultura, pois os papeis adrede estabelecidos pela sociedade instala homens e mulheres nessas e naquelas funções e formas de vida, daí que lutar contra a invisibilidade requer o empoderamento da mulher, a fim de que ocupe os espaços antes lhe negados e se torne forte para assumir ao invés de contemplar, para raciocinar e agir aos invés de sonhar, quando assim se poderá quebrar a escravidão infinita que pesa sobre a mulher, podendo então “ela viver por ela e para ela”.(BEAUVOIR,2016,p.339).

3.3.1 Os Reflexos do Feminismo na Proteção Jurídica Legal da Mulher

Os estudos feministas iniciais partiam da ideia de que a categoria “mulher” compreenderia um sujeito universal. As explicações dos problemas da subordinação da mulher pressupunham o próprio sujeito político. As estratégias políticas, assim, partiam da concepção de que há um sujeito antes da própria relação de poder que somente posteriormen-

te estabeleçam. Deveria, assim, essa categoria tomar consciência da sua situação política e demandar reconhecimento. Há o reconhecimento de que há dois sexos antes da emergência da cultura, como elementos da natureza.

Em *O Segundo Sexo Volume I*, publicado originalmente em 1949, Simone de Beauvoir recorre a percepção do olhar para reconhecer que existem dois sexos:

E, em verdade, basta passear de olhos abertos para comprovar que a humanidade se reparte em duas categorias de indivíduos, cujas roupas, rostos, corpos, sorrisos, atitudes, interesses, ocupações são manifestamente diferentes: talvez essas diferenças sejam superficiais, talvez se destinem a desaparecer. O certo é que por enquanto elas existem com uma evidência total (BEAUVOIR, 2016, p.11).

Se por um lado há a suposição do sujeito, por outra, a subordinação da mulher seria contingencial. As relações de poder entre essas categorias fariam, historicamente, criar uma situação de dominação entre esses dois grupos. Os sujeitos, nesse momento, são concebidos a partir de uma ideia essencialista. Por outro lado, esse sujeito, que é, estabelece relações com outros sujeitos, relações essas que podem ser favoráveis ou não. É exatamente dessas relações de poder que decorre a subordinação das mulheres.

Simone de Beauvoir considera que a mulher é uma singularidade, enquanto o homem é o ser universal e absoluto. O próprio termo “homem” significa tanto o ser do sexo masculino quanto a humanidade. Nesse último sentido, esse termo é elevado a uma categoria abstrata, que subtrai as singularidades. “A humanidade é masculina e o homem define a mulher não em si, mas relativamente a ele; ela não é considerada um ser autônomo” (BEAUVOIR, 2016, p.12). A mulher, assim, somente pode ser lida em relação ao homem. “A mulher determina-se e diferencia-se em relação ao homem e não este em relação a ela; a fêmea é o inessencial perante o essencial” (BEAUVOIR, 2016, p.12). A mulher seria o Outro desse Ser essencial.

Por muito tempo se pensou que somente havia um sexo, o masculino. A mulher seria apenas o masculino invertido, menor, inacabada, sem desenvolvimento completo. Embora se conhecesse as diferenças entre o corpo masculino e feminino, essas especificidades não faziam dos órgãos sexuais femininos únicos. Os órgãos femininos nada mais eram que os masculinos internalizados, dada a frieza que se acreditava ter o corpo feminino. O que os homens tinham externamente, as mulheres tinham internamente. Foi apenas no século XVIII que alguns órgãos sexuais femininos passaram a ter nomes próprios. “Os órgãos que tinham nomes associados – ovários e testículos – passaram a ser distinguidos em termos linguísticos. Os que não tinham nome específico – como a vagina – passaram a ter”.(LAQUEUR, 2001,p.189).

Esse olhar universalizante do sexo vai seguir o pensamento feminista nos estudos posteriores ao trabalho de Simone de Beauvoir. A submissão da mulher é vista como um dado invariável em todas as culturas. A tarefa teórica era investigar as causas dessa disparidade nas relações de gênero e criar mecanismos de insurgência contra a dominação masculina. Nesse primeiro momento, a visibilização da mulher como uma categoria universal correspondia a uma necessidade política de construção de uma identidade coletiva que se traduziria em conquistas nos espaços públicos. (BENTO,2006,p.76).

Analisando essa concepção Judith Butler nega que as normas jurídicas tão somente regulem as relações entre sujeitos já existentes. Essa suposição, em verdade, decorreria da própria busca desse sistema de se legitimar como portador das pretensões dos indivíduos. Os sistemas jurídicos criam sujeitos, embora afirme apenas regular as relações em termos negativos.(BUTLER,2017,p.19).Portanto, não há o sujeito antes das relações poder. Não poderia afirmar, desse modo, que o sujeito é, em um sentido ontológico, mas o sujeito se *torna* pela lei (BUTLER, 2017, p.19).

As relações de dominação que estabelecem entre homens e mulheres não estão após a construção desses sujeitos. O mesmo sistema que

estabelece essas relações também os cria em posições determinadas. Se o sujeito é produto da norma, não basta entender as situações de regulação, mas é preciso entender também de que modo esses sujeitos são criados.

Se o sujeito somente pode ser pensado com um gênero, é preciso conceber qual é o papel das normas jurídicas no processo de criação desses sujeitos. Indo mais além, é preciso entender de que modo, o próprio gênero é criado pelos vários discursos, incluindo o jurídico.

O aprofundamento dos estudos de gênero avançou no sentido de superar a ideia de uma categoria de mulher universal, reconhecendo que era preciso analisar concretamente as situações de subjugação da mulher.

3.3.2 Violência de gênero: proposições iniciais

Escrever sobre desencarceramento na perspectiva de gênero é desconstruir e ressignificar diversos conceitos e *locus* de violência contra a mulher.

A dualidade sexo e gênero se faz sentir quando ao primeiro é voltada para a natureza e o segundo para a cultura. Assim gênero visto como um saber sobre as diferenças sexuais, parte da premissa da existência de uma relação forte entre saber e poder, daí é que gênero está intimamente ligado às relações de poder.

Nesse estágio da pesquisa, não se discute que há diferenças entre os sexos. Homens e mulheres são espécies diferentes, mas ainda é preciso desconstruir os vícios de pensamento de dominação masculina e relativizar as definições de masculino e feminino.

Posto isso, necessário retornar que têm-se gênero como referência às qualidades fundamentais e sociais das distinções baseadas no sexo, mas também gênero pode ser destacado como sinônimo de mulheres, porém como uma forma de amenizar os efeitos do termo mulher em face dos movimentos feminista. Gênero pode ainda ser entendido como uma

categoria social imposta sobre um corpo sexuado, isto é, as diferenças entre corpo, o sexo biológico e os aspectos sócio culturais. Contudo, para nossos estudos gênero pode ser entendido como relação entre homens e mulheres, visto que o termo incorpora homem e mulher e adquire por sua vez um caráter relacional.

Como se demonstrou gênero é assim debatido, estudado, discutido, compreendido e incompreendido, porque evidencia as diferenças e as desigualdades e é exatamente em algumas partes do corpo, do seu uso e aceitação, é que são evidenciadas as construções sobre gênero.

Nesse contexto o gênero é construído sobre a percepção da diferença sexual e sendo gênero um saber, é entendido como uma forma primária de dar sentido às relações de poder, vez que o saber e o poder nunca estão dissociados.

Gênero então é uma organização social, calcada na percepção das diferenças sexuais, as quais estão imbricadas nas relações desiguais de poder e por esse contexto é que se está, nesse momento, problematizado o conceito de gênero.

O argumento de que homens e mulheres são biologicamente distintos e que a relação entre eles decorre exatamente dessa distinção, onde cada um deve desempenhar um papel, reveste-se de uma linguagem científica e biológica a justificar a desigualdade entre os sexos e as posições ocupadas por cada qual nas relações sociais e interrelações.

Contudo, é preciso compreender que não são exatamente as características sexuais que firmam o exercício do poder nas relações e sim a forma como essas características são representadas ou valorizadas. Nesse debate o gênero será um conceito fundamental a fim de se compreender o lugar e as relações de homens e mulheres na sociedade.

Falar sobre gênero é sair do físico, biológico e individual e recolocar o debate nas relações e interrelações sociais, pois são nesses ambientes que se constroem e se replicam as relações desiguais entre os atores, como se destaca dos ensinamentos de Gacira Lopes Louro:

Pretende-se, dessa forma, recolocar o debate no campo social, pois é nele que se constroem e se reproduzem as relações (desiguais) entre os sujeitos. As justificativas para as desigualdades precisariam ser buscadas não nas diferenças biológicas (se é que mesmo essas podem ser compreendidas fora da constituição social), mas sim nos arranjos sociais, na história, nas condições de acesso aos recursos da sociedade, nas formas de representação (LOURO, 2014, p.26).

O objetivo é contextualizar o que se entende ou o que se diz sobre gêneros, com o fim de se impedir afirmações generalizadas sobre os sexos. Afirmar o caráter social do feminino e do masculino nos obriga a considerar as variadas formas de sociedade e os diferentes momentos históricos a que se refere.

Não se busca ao estudar gênero construir papéis masculinos ou femininos, pois o sexo é a conformação física, orgânica e celular que permite distinguir nas espécies os machos e as fêmeas e, na espécie humana o sexo feminino e sexo masculino, mas gênero é o conceito criado para distinguir a dimensão biológica da dimensão social, pois pela biologia a espécie humana é dividida em homem e mulher, contudo a maneira de ser masculino ou feminino trata-se por sua vez de uma construção social expressada pela cultura e não exatamente pela anatomia dos corpos físicos, ao que se pode dizer que homens e mulheres são produtos da realidade social de acordo com a cultura e a época histórica, onde se define a identidade sexual e os papéis sexuais.

Destarte, papéis sexuais ou papéis de gênero correspondem aos comportamentos históricos, sociais e culturais que a pessoa desempenha na sociedade e, esses papéis são adstritos pela sociedade do que se espera dos homens e das mulheres. Assim diante do papel sexual arbitrariamente imposto pela sociedade a mulher feminina comporta-se em regra com feminilidade, fala pausada em tom suave e outras mais características, decorrendo daí que a mulher que não se apresenta por esses traços é masculinizada. E o papel de gênero que a sociedade espera do homem é caracterizado pela masculinidade e virilidade e, portanto apresentar-se delicado, sensível e por outros trejeitos o dizem afeminado. Dessa forma,

pode-se afirmar que papel de gênero não está relacionado com o sexo, sendo sim uma realidade construída socialmente.

Sobre identidades sexuais e de gênero Gacira Lopes Louro ensina:

[...] Ora é evidente que essas identidades (sexuais e de gênero) estão profundamente inter-relacionadas: nossa linguagem e nossas práticas muito frequentemente as confundem, tornando difícil pensá-las distintamente. No entanto, elas não são a mesma coisa. Sujeitos masculinos ou femininos podem ser herossexuais, homossexuais, bissexuais (e ao mesmo tempo, eles podem ser negros, brancos, ou índios, ricos ou pobres etc.). O que importa aqui considerar é que – tanto na dinâmica do gênero como na dinâmica da sexualidade – as identidades são sempre construídas, elas não são dadas ou acabadas num determinado momento.[...] As identidades estão sempre se constituindo, elas são instáveis e, portanto, passíveis de transformação.(LOURO,2014,p.31).

Judith Butler escreve:

Concebida originalmente para questionar a formulação de que a biologia é o destino, a distinção entre sexo e gênero atende a tese de que, por mais que o sexo pareça intratável em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído: consequentemente, não é nem o resultado causal do sexo nem tampouco tão aparentemente fixo quanto o sexo. Assim a unidade do sujeito já é potencialmente contestada pela distinção que abre espaço ao gênero como interpretação múltipla do sexo(BUTLER,2017,p.26).

O objetivo aqui, portanto é entender gênero como a identidade dos sujeitos e que transcende o mero desempenho dos papéis, assim é que pode-se dizer que as identidades sexuais e de gênero se confundem mas não são a mesma coisa e, que não devem ser polarizadas em uma permanente oposição binária de masculino e feminino a qual está fadada a nos conduzir para dominação e submissão, dominante e dominado e, mais: homem dominante versus mulher dominada.

Por esse binarismo inexoravelmente se constroem relações em que uma das partes não é capaz de resistir, instalando-se ali uma relação de violência, silenciosa e perversa.

3.4 O conceito de violência simbólica em Pierre Boudier

O conceito de Pierre Boudier de violência simbólica visa clarificar as relações de dominação instaladas entre as pessoas e entre os grupos. Dominação essa não exatamente ou tão somente física, mas incluindo a violência na qual a pessoa oprimida consente na prática ou praticas da pessoa opressora.

Nesse sentido nos ensina Pierre Boudier:

Também sempre vi na dominação masculina, e no modo como é imposta e vivenciada o exemplo por excelência desta submissão paradoxal, resultante daquilo que eu chamo de violência simbólica, violência suave, insensível, invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou mais precisamente do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento(BOURDIEU, 2014,p.112)

Dessa revolução no conhecimento adveio conseqüências em outras áreas a exemplo do *locus* da Escola, do Estado e nas relações sociais e inter-relações pessoais, pois uma vez incorporado a noção de que a definição social em especial dos órgãos sexuais faz inverter as relações, se percebe que a visão androcêntrica dos sexos feminino e masculino, onde a virilidade masculina é característica e historicamente impõe diferenças entre os corpos biológicos, mas não só e sim instituindo uma hierarquia mediante uma organização simbólica de opressor e oprimido, de relações sociais de dominação e de exploração.

Nessa ordem é reservado aos homens o lado exterior, direito, o público, o alto, cabendo-lhes nas tarefas as atividades mais arrojadas, arriscadas, astutas e, às mulheres são atribuídos os serviços de menor relevância, domésticos, privados e escondidos.

Pierre Boudier assenta que “A visão androcentrica é assim continuamente legitimada pelas próprias práticas que ela determina: pelo fato de suas disposições resultarem da incorporação do preconceito desfavorável

contra o feminino, instituído na ordem das coisas”(BOURDIEU, 2014,p.53).

A violência simbólica assim se caracteriza e a dominação masculina se desenvolve fazendo crer aos dominantes e dominados que as relações são naturais, numa espécie de auto depreciação. Mas a violência não se escancara, é sim sempre sutil, invisível, silenciosa, consentida, ao menos inconscientemente, posto que a pessoa dominada submete-se voluntariamente.

Trata-se de uma força simbólica exercida como forma de poder de um sobre o outro, não há coação física e sim uma predisposição histórica para a aceitação daqueles papéis de dominante e dominado, assentadamente de homem dominante e mulher dominada, cujo poder somente pode ser vencido com as armas da consciência e do saber.

O poder simbólico não é exercido sem a colaboração do dominado, o qual a ele se subordina porque faz parte de sua construção como sujeito, “é um sistema de estruturas duradouramente inscritos nas coisas e nos corpos”(BOURDIEU,2014,p.64), sendo que a violência simbólica se processa por meio de “um ato de conhecimento e desconhecimento” nas palavras de Pierre Bourdieu, instalando na sociedade e nas interrelações a inferioridade, a exclusão e invisibilidade da mulher.(BOURDIEU,2014,pp.65/66).

As mulheres por sua vez, em atitude de abstenção e abstinência submete-se às regularidades e às regras da dominação masculina e, silentes, se encaixam nos *locus* e *modus* que lhe são destinados. Os homens detentores do monopólio da produção e reprodução, seja no trabalho no capitalismo e na família perante o matrimônio, como também na educação e na economia assume o posto maior, mais sem saber tornam-se prisioneiros da representação dominante.

Constata-se essa violência simbólica em variadas áreas, seja nas profissões, nas carreiras e nas relações interpessoais. Pode-se dizer histórico a exclusão e submissão das mulheres ao papel de dominadas, ratificando e reforçando o patriarcado, como já foi exposto.

Nesse contexto, pode-se também afirmar como nos lembra Pierre Boudier do patriarcado público:

[...] teríamos que levar em conta o papel do Estado, que veio ratificar e reforçar as prescrições e proscricções do patriarcado privado com as de um patriarcado público, inscrito em todas as instituições encarregadas de gerir e regulamentar a existência quotidiana da unidade domesticas. Sem falar no caso extremo dos estados paternalistas e autoritários[...], realizações acabadas da visão ultraconservadora que faz da família patriarcal o princípio e modelo da ordem social como ordem moral, fundamentada na preeminência absoluta dos homens em relação às mulheres, dos adultos sobre as crianças, e na identificação da moralidade com a força, da coragem com o domínio do corpo, lugar de tentações e de desejos, os Estados modernos inscreveram no Direito de Família, especialmente nas regras que definem o estado civil dos cidadãos, todos os princípios fundamentais da visão androcêntrica. E a ambiguidade essencial do estado consiste, por um lado, determinante, o fato de que ele reproduz em sua estrutura mesma, com a oposição entre os ministérios financeiros e os ministérios de administração, entre sua mão direita, familiarista e protetora, e sua mão esquerda, voltada para o social, a visão arquetípica entre masculino e feminino, ficando as mulheres com a parte ligada ao Estado social, não só como responsável por ele, como enquanto destinatárias privilegiadas de seus cuidados e de seus serviços (BOURDIEU, 2014, pp.122-123).

Como se verifica esse conjunto de opressão contribuem para reproduzir hierarquia dos gêneros, não sendo diferente no *locus* carcerário, onde é latente a reconstrução dos espaços de dominação, seja mediante a elaboração de leis e normativas de condutas e práticas a operacionalizar o sistema penitenciário, o que realça as desigualdades, as discriminações e as injustiças ali perpetradas contra a mulher.

3.4.1 Violência de gênero contra a mulher detenta

As cadeias públicas sempre têm o masculino como seu referencial. Os sujeitos que lá são depositados não são apenas homens e mulheres, mas são homens e mulheres de diferentes classes, raças, religiões, idade e outras peculiaridades.

Estabelecer e sublinhar a diferença sexual, poder-se-ia, talvez, reforçar a diferença sexual que se busca combater, mas é somente na diferenciação que se permite um adequado atendimento às condições ímpar no cárcere.

Assim é preciso examinar atentamente os processos de condenação da mulher, clarificar as diversas vertentes imbricadas no seu segregamento, com o fim de se adotar posturas comprometidas com mudanças para a garantia do respeito e preservação dos direitos da mulher.

Para fazer sentido a proposta que se apresenta na perspectiva do desencarceramento da mulher, temos que examinar o sujeito individualmente considerado e também em seus direitos e interesses metaindividuais, e dessa forma articular a natureza de suas inter-relações como mulher e como detenta.

O ambiente do cárcere e as estruturas concebidas e replicadas por uma sociedade androcentrica fornece elementos para a compreensão dos aspectos dissimulados dessas relações no sistema penitenciário. É contra essas forças de dominação simbólica que busca-se por esse trabalho de pesquisa, uma iniciativa de mobilização, visando neutralizar ou ao menos minimizar as formas de violência de gênero praticadas e replicadas no ambiente carcerário à mulher delinquente.

É preciso conceber processos imbricados de mudança de toda ordem. É evidente que os primeiros passos devem se dar por processos concretos e a partir daí perguntar como as coisas aconteceram para a mulher ali estar, naquele contexto de marginalização, criminalidade e em um espaço de dominação masculina construído por homens e para homens.

Para fazer sentido todos os avanços e lutas na conquista do respeito, visibilidade e voz da mulher, é preciso que se articule e compreenda como funciona a dominação, poder, gênero e o esforço da busca de se conseguir uma identidade dentro de certos limites e poderes, que nada mais fez, que senão empurrar a mulher para a criminalidade e o encarceramento.

É preciso, que uma vez reconhecido o cárcere como uma espécie de violência de gênero, possa-se negar e resistir à colocação da mulher nesse espaço de violência simbólica.

Mudanças são necessárias. É preciso uma visão mais ampla que inclua todas as vertentes e peculiaridades da questão de gênero no cárcere para assim compreender e, uma vez sabedores poder-se-á modificar o *locus* de violência. Nessa ordem, é preciso atenção ao mercado e trabalho, ao sistema político, à educação, à relação social e econômica para então contribuir no processo de construção de gênero como centro de poder legitimamente exercido nos seus fins, limites e alcance.

Dessa forma, se não são as mulheres desprovidas de poder, pois reconhecidas e respeitadas em seus direitos e diferenças, então o exercício do poder, portanto se dará entre sujeitos capazes de resistir, com voz e vez, pois inerente a tudo isso estará a liberdade.

A função de legitimação de gênero funciona como nível satisfatório em diversos graus e natureza e, não será diferente no *locus* do encarceramento. Com o estudo de gênero abre-se novas perspectivas para o cumprimento da pena e ressocialização da condenada, garantindo melhor nível de satisfação e eficiência na implicações penitenciárias.

Esse reconhecimento tem como pilar as diferenças no tratamento do detento homem e da detenta mulher e, portanto faz sentido a diferenciação sexual e essa diferença é a forma principal para se coibir desigualdade.

O gênero nesse contexto funciona como um decodificador das relações complexas que é o crime, criminalidade e o criminoso e a criminoso.

Assim a aplicação da penalidade à mulher delinquente deve ser redefinida e estruturada coma visão de igualdade política, social e cultural.

3.5 Simone Beavouir e sua contribuição no entendimento do “ser mulher” e da violência de gênero

O conceito de mulher definido pela sociedade patriarcal, traz uma dupla definição para a mulher, ou seja o feminino biológico e o feminino

como um conjunto de regras e comportamentos que à mulher é imposta pelos padrões da sociedade, assim, gestos, posturas e expressões lhe são exigidos.

Desde 1949, ano da publicação original da obra de Simone Beavouir “O segundo sexo”, e mesmos antes, o que é ser mulher era uma pergunta que se fazia e continua nos dias de hoje atual. Pode-se afirmar que essa indagação deve ser o guia do ser humano em algum momento de sua existência e precisa em algum ponto dessa jornada ser respondida.

Dito isso, recorrendo-se à concepção que gênero opõe-se a sexo e, sendo esse um conceito biológico e aquele uma construção social, tem-se por gênero a abertura de possibilidades e interpretações corporais como formas culturais. Gênero é um processo de autoconstrução, onde o indivíduo se aproxima, modifica-se, transforma-se e assume-se por atos, gestos, comportamentos e habilidades.

Assim é que buscando as reflexões entre gênero e sexo, ser mulher, é certo, demanda construção e reconstrução cultural, pois o corpo biológico da mulher é uma fêmea na ordem natural e se torna mulher na perspectiva cultural da sociabilidade e das regras sociais.

A celebre frase de Simone Beavouir explica com clareza essa indagação ao afirmar que não se nasce mulher e sim torna-se mulher:

Ninguém nasce mulher: Torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado, que qualificam de feminino(BEAUVOIR,2016,p.11)

A autora em sua obra desconstrói o conceito de mulher na concepção natural definida pelo sexo, discutindo a problemática que envolve a mulher sob a perspectiva biológica, sociológica e psicanalítica e traça pontos relativos às instâncias de poder e de dominação masculina. Nesse descortino, ser mulher para Simone Beauvoir é muito mais além do que é formado dentro da cultura que a própria sociedade define.

Pela perspectiva de Simone Beauvoir na definição dos papéis na sociedade e pela sociedade patriarcal a mulher é definida como um ser inessencial, um “outro”, silenciada e excluída a segundo plano. Assim as mulheres são criadas para serem menos que os homens, elas não nascem mulheres e sim tornam-se mulheres com características atribuídas à condição feminina muito menos pelos atributos da natureza e sim mais pelos mitos destilados ao longo dos tempos pelas culturas capitalistas e patriarcais.

Tornar-se supõe uma reflexão, uma transformação, uma mudança, uma transformação, assim é que as ideias trazidas e discutidas por Simone Beauvoir tratam-se de pilares para os debates feministas, tendo sido um obra de impacto nos anos 60 e 70.

Não se nasce mulher e sim torna-se mulher, foi certamente uma afirmação transformadora e de empoderamento do ser humano, a qual pode permitir à mulher conhecer-se e compreender-se a si mesma, ao argumento de que pensar que se nasce mulher é uma violência imposta pelo poder e dominação masculina, é constranger o corpo e o psico a não se tornar sujeito de sua própria história, é a engessar e a impedir de transformar e de condicionar a sua própria vida.

4. O encarceramento da mulher como locus de violência simbólica

Historicamente a mulher é o outro ao olhar do homem.

A relação que o homem e a sociedade tem com a mulher é de submissão, dominação, exclusão e invisibilidade. Ademais a mulher não é identificada por si própria, mas sim, por e em relação ao homem que lhe confere um papel de silêncio, censura, invisibilidade e coisificação.

Pode-se dizer que não há reciprocidade no relacionamento do homem com as mulheres. Um sexo ao impor historicamente como essencial, já por si só relegou a mulher para a condição de nada, portanto a mulher assim aparece como o negativo, o limitado, inacabado e incompleto.

Como se verifica as identidades são criadas pela imposição de regras e comportamentos inscritos no corpo e na alma, sendo então forjadas a partir de modelos produzidos para esse ou aquele outro perfil, assim é contribuem para a coisificação e invisibilidade da mulher e atuar para mudar essa lógica é necessário.

A educação e o desenvolvimento intelectual, emocional e profissional forjam as mulheres a se tornarem mais independentes e com maior poder de escolha, assim é que tornar-se mulher é se empoderar para buscar uma voz e um lugar seu na sociedade. É certo, transformações são vistas, lentas, sabemos, mas que devem ser festejadas por que vêm.

Historicamente a lógica da justiça criminal no Brasil, incrementada pelo irracional desejo da população, vê a solução para a criminalidade na segregação e confinamento de pessoas autores de crimes e, portanto a construção de presídios e abertura de novas vagas no sistema prisional é medida clamada e reclamada pelos variados atores e setores da sociedade e com o aumento da população carcerária feminina outra não é a solução que parece viável aos atores do sistema penitenciário.

Conforme os dados do Ministério da Justiça constata-se o movimento ascendente do aprisionamento de mulheres:

Em Junho de 2016, a população prisional feminina atingiu a marca de 42 mil mulheres privadas de liberdade, o que representa um aumento de 656% em relação ao total registrado no início dos anos 2000, quando menos de 6 mil mulheres se encontravam no sistema prisional,[...]. No mesmo período, a população prisional masculina cresceu 293%, passando de 169 mil homens encarcerados em 2000 para 665 mil homens em 2016.(BRASIL,2017).

O levantamento realizado no período de junho de 2015 a junho 2016, divulgada em dezembro de 2017 atestou esse crescimento onde se verifica que a população prisional feminina registrada em 30/06/2016 em 1.418 unidades prisionais contava com 42.355 mil mulheres presas, sendo que 41.087 estão recolhidas no Sistema Penitenciário e 1.268 mil nas carceragens de Delegacias. Necessário ainda destacar que a taxa de ocupação das mulheres nos estabelecimentos prisionais é de 156,7%, isto

porque o sistema prisional possui 27.029 mil vagas para mulheres, apresentando um déficit somente de vagas para mulheres no total de 15.326 mil vagas, e mais grave é o fato que do universo de detentas 45% das mulheres presas em Junho de 2016 não haviam sido ainda julgadas e condenadas, isto é o total de 19.223 mil mulheres em privação de liberdade sem condenação.(BRASIL,2017,pp.10 e 19).

O Estado detém o monopólio da violência física, moral e simbólica enquanto agente responsável e incumbido de aplicar e executar as sanções penais, sendo o responsável nessa temática pela coisificação da mulher ao lhe impor medidas carcerárias que se traduz em violência de gênero.

O aprisionamento de mulheres aumentou figurando o Brasil na quarta posição mundial, ficando atrás apenas dos Estados Unidos que tem uma população prisional feminina de 211.870 mil e uma taxa de aprisionamento de mulheres por 100 mil/habitantes de 65,7, da China que tem 107.131 mil mulheres presas e uma taxa de aprisionamento de 7,6 por 100 mil/habitantes e, da Rússia que conta com 48.478 mil mulheres presas e uma taxa de aprisionamento de 33,5 por 100 mil habitantes.(BRASIL,2017,pp.13/14).

A legislação penitenciária é uma construção progressiva de institutos de violência contra a mulher, permitindo a manutenção da força e dominação masculina sob a pretensa promoção da paz e da segurança pública. O Estado exerce o poder de centralização da força física e da força simbólica, constituindo e construindo um *locus* de violência de gênero contra a mulher detenta como restou demonstrado os dados estatísticos.

A metodologia de resposta à criminalidade adotada pelo Estado, que consiste no aprisionamento em massa carece de crítica reflexiva dos seus gestores e executores, notadamente do aprisionamento de mulheres.

Os instrumentos estruturados do encarceramento no sistema penal brasileiro cumpre a função política de instrumentos de imposição e legi-

timação da dominação, reforçando a própria força estatal para a dominação de classes, categorias e indivíduos.

Pode-se afirmar que o campo de violência simbólica instalada no cárcere brasileiro serve aos interesses da luta histórica por dominação e violência de gênero. Os sistemas produzidos, aplicados e replicados pelos agentes estatais, especialistas em segurança pública, realça a dimensão exponencial à relação dominante *versus* dominado.

O Poder simbólico como faz ver e faz crer acerca da correção de atitudes e práticas nada mais são que práticas de dominação masculina sobre a dominada mulher detenta.

4.1 A prisão como um espaço masculino

As mulheres em conflito com a lei possuem múltiplas, complexas e distintas necessidades e o sistema prisional brasileiro notadamente em relação às penitenciárias, alojamentos, alas ou centros de recolhimento da mulher presa não funcionam e não são geridas em obediência aos parâmetros traçados nacional e internacionalmente para o tratamento de presos. Assim é que o cumprimento da pena nos mesmos e exatos moldes ao que é aplicado ao detento homem uma vez replicado à mulher é mais severo e violador dos direitos humanos para a condição de gênero e, por essa razão é de se reconhecer que o sistema de justiça criminal no Brasil pune em duplicidade a mulher autora de crimes, sendo o desencarceramento uma proposta a ser debatida nos palcos jurídicos, jurisdicionais e pela sociedade organizada.

A prisão invariavelmente impõe efeitos corrosivos na pessoa submetida ao encarceramento, daí é que os efeitos do cárcere nas mulheres é algo que precisa ser visto e repensado pelas condições de gênero, pois são elas multiplamente penalizadas e não é demais ressaltar que as condições em que a mulher é encarcerada caracteriza uma violência simbólica da dominação masculina.

O fato das mulheres ocuparem os estabelecimentos antes ocupado por homens, que agora não mais servíveis aos propósitos de segurança, contingente ou outra razão, é uma forma de violência simbólica e que remete à história da mulher à qual era reservado os lugares úmidos, baixos, externos, escondidos.

Desse quadro pode-se constatar que no Brasil a maior parte dos estabelecimentos penais foi projetada para o público masculino, sendo que 74% das unidades prisionais (1.067) destinam-se aos homens, 7% dos estabelecimentos penais (107) estão destinados ao público feminino e outros 16% (244) são caracterizados como mistos, nos quais pode-se afirmar tratar-se de estabelecimentos originalmente masculinos e que conta do alas destinadas para o aprisionamento de mulheres. (Brasil.2017, PP.22/23).

Nesse sentido é o Relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: atualização junho 2016:

A separação por gênero dos estabelecimentos destinados ao cumprimento de penas privativas de liberdade está prevista na Lei de Execução Penal e foi incorporada à Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional como forma de visibilizar a situação de encarceramento de mulheres em estabelecimentos em que a arquitetura prisional e os serviços penais foram formulados para o público masculino e posteriormente adaptados para custódia de mulheres e são, assim, incapazes de observar as especificidades de espaços e serviços destinados às mulheres (que envolvem, mas não se limitam a, atividades que viabilizam o aleitamento no ambiente prisional, espaços para os filhos das mulheres privadas de liberdade, espaços para custódia de mulheres gestantes, equipes multidisciplinares de atenção à saúde da mulher, entre outras especificidades). (BRASIL.2017, p. 22-23).

Nesse contexto o encarceramento da mulher em um ambiente construído por e para homens é uma forma de opressão, caracterizando como violência simbólica, sendo necessário discutir e demonstrar à aqueles que são submetidos ao sistema carcerário, seja dominante ou dominada, a busca da emancipação intelectual, social, emocional e física.

O que antes era silencioso, com as manifestações do feminismo adquire visibilidade e expressividade para reconhecer o *locus* de violência instalado nos cárceres brasileiros.

4.2 O encarceramento feminino e a replicação da violação aos direitos humanos enquanto violência simbólica

O cumprimento da pena nos limites, formas e modos ao que é aplicado na execução penal do detento homem, constitui violência simbólica uma vez replicado à mulher, pois é mais severo para a condição de gênero feminino

Essa violência simbólica se afigura na autoridade exercida pelos atores do sistema penitenciário sobre as mulheres detentas, daí que simbólica, pois em regra a mulher historicamente invisível e inessencial nesse contexto como já foi explanado, sofre a violência que não é percebida aos olhos e a voz daquela que sofre, pois resignada à sua condição de encarcerada e criminosa. Trata-se de atos, ações, comportamentos “naturais” para um público masculino, posto que criado por homens e executado de igual modo por homens ou mulheres comandadas por homens, e que se confundem com respeito, medo e outros sentimentos do ser humano, em especial daquele (a) encarcerado(o), contudo sob a acetitação de ambas as partes de que aquele contexto de violação, poder e dominação é certo, é natural, é aceitável para aquelas condições e para a resposta estatal.

Sob a perspectiva do Estado Constitucional Democrático propõe-se a discussão sobre propostas para execução penal diferenciada para as detentas, com o fim de lançar um olhar com lentes de gênero, procurando pontuar o desencarceramento como um direito fundamental, pois tratar-se de alternativa que parece ser viável haja visto a reduzida periculosidade da mulher e o seu envolvimento em crimes com menor potencial de lesividade, e portanto não seria ofensa ao princípio da igual-

dade, ser a liberdade a regra na análise das medidas punitivas diversas da prisão aplicadas à mulher autora de crimes.

A aplicação de medidas diversas da prisão, incluindo aí a prisão domiciliar, não poder ser considerada como medidas caracterizadora de impunidade e sim simplesmente como um meio de romper o sistema de exclusão e invisibilidade da mulher, realidade essa remota dos tempos do patriarcado.

O desencarceramento da mulher visto por meio de uma abordagem plural e multiperspectiva permite-se encontrar formulações normativas aptas a harmonizar a proteção dos direitos fundamentais e a retribuição estatal pela prática de infração penal, mas na justa medida da extensão e alcance da execução penal diferenciada à mulher presa, cuja justeza e harmonia não poderá deixar de considerar como regra a baixa periculosidade da autora do delito e a reduzida lesividade do bem jurídico ofendido, sendo a pena cumprida em regime de prisão a exceção, afastando-se dessa feita a lógica basilar do sistema de execução penal brasileiro que hodiernamente converge para o oposto, isto é no sentido de tratar o direito de liberdade a exceção com o fim de aplacar o anseio popular de justiça pelo encarceramento e a resposta dos Órgãos Públicos ao ideal de pretensão de contenção da criminalidade como forma de garantir segurança pública à sociedade.

O contingente feminino encarcerado são mulheres que contribuem para a superlotação dos presídios e que poderiam estar em cumprimento de medidas alternativas como o uso de tornozeleiras, prisão domiciliar ou outras penalidades diversas da prisão, pois ao examinar o histórico da criminalidade feminina se constata que foram levadas à marginalização pelo próprio e perverso contexto social em que se situaram ora como filhas, irmãs, amigas e esposas de criminosos e ao final se viram como mães a assumirem o encargo solitário de manutenção do lar e da criação da prole, acabando por adentrar nas práticas delituosas que resultam ao final na sua prisionização e conseqüente degradação da vida social e fa-

miliar. Sendo, portanto o desencarceramento um direito fundamental a lhe ser garantido pelo ordenamento.

5. Considerações finais

A pesquisa teve como tema problema e impulsionador das investigações ser o cárcere um *locus* de reprodução de violência de gênero contra a mulher detenta, uma vez que prisão é feita para o homem e pelo homem daí que seu espaço violenta a mulher.

Os estabelecimentos prisionais nos quais se acham confinadas as mulheres, na maioria das vezes são estruturas adaptadas e o que sobrou do sistema prisional que foi pensado para homens, portanto prédios insalubres e com instalações físicas inadequadas para o atendimento das condições de dignidade humana condizentes com a condição feminina.

Ao longo da pesquisa buscou-se examinar o crescimento do encarceramento feminino enquanto fator potencializador das vulnerabilidades próprias do gênero e para além do sistema punitivo estatal, busca-se discutir o contexto de aprisionamento sob a perspectiva de novas diretrizes que lancem um olhar ao *locus* de encarceramento da mulher, cujo ambiente reproduz a violência simbólica historicamente enraizada pela sociedade patriarcalista e capitalista

Nessa perspectiva de dar voz e vez às mulheres silenciadas e silenciadas pela opressão histórica da sua própria condição feminina, a pesquisa traz como hipótese o desencarceramento da mulher detenta como um direito fundamental, pois é preciso enfrentar com urgência o debate do cárcere haja vista a seletividade penal que criminaliza a pobreza, potencializa a exclusão social e não é o bastante para a contenção da criminalidade.

A lei de Execução Penal escolheu a bandeira da ressocialização, mas o sistema penitenciário em razão de caracterizar-se como centro de violência e opressão não consegue desempenhar essa função resultando em um *locus* de violência de gênero contra a mulher.

Assim é que visando impedir o exercício da violência simbólica pelo próprio Estado é que se propõe um olhar sobre a invisibilidade do encarceramento feminino sendo o desencarceramento uma realidade que deve ser enfrentada.

6. Referencias

ALMEIDA, Jane Soares de. As Lutas femininas por educação, igualdade de cidadania. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**, v. 81, n° 197, 2007.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo Sexo: Fatos e Mitos**. 3ª Ed. Tradução de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BECCARIA, Cesar. **Dos Delitos e das Penas**. Versão para ebook. Edição Eletrônica: Ed. RidendoCastigat Mores. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ebo00015.pdf>> Acesso em 31 mar. 2018.

BENTO, Berenice. **A Reinvenção do Corpo: Sexualidade e Gênero na Experiência Transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BRASIL. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN. Dados consolidados referente a todo o ano de 2015 e o primeiro semestre de 2016, divulgado em 08 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf/view>. Acesso em 09 maio 2018.

BRASIL. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Departamento Penitenciário Nacional-Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN/Jun/2016. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf)>. Acesso em 31 maio 2018.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 15 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CORSO, Diana. **O Insuportável do Corpo feminino**. Vídeo. versão completa gravada em 18 março de 2016: <https://vimeo.com/160092995>> Café Filosófico <<http://www.institutocpfl.org.br/2016/03/23/o-insuportavel-do-corpo-feminino-com-diana-corso-versao-completa/Instituto>> Acesso em 31 mar. 2018.

ENGELS, Friedrich. **A origem da famlia, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. 9 ed. RJ: Civilização Brasileira.1984. Disponível em: <<https://professordiegodelpasso.files.wordpress.com/2016/05/engels-a-origem-da-familia-da-propriedade-privada.pdf>> Acesso em 31 mar. 2018.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade** Volume I: A Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Alburquerque e J. A. GuilhaonAlburquerque. Traduzido do original: Histoire de laSexualité I: LaVolonté de savoir. Versão original de 1988. Rio de Janeiro: Graal, 1999. 13 ed. Disponível em:<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2940534/mod_resource/content/1/Hist%C3%B3ria-da-Sexualidade-1-A-Vontade-de-Saber.pdf> Acesso em 31 mar. 2018.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. Niterói, RJ: Impetus, 2015, p. 342.

LAQUEUR, Thomas. **Inventando o Sexo: Corpo e Gênero dos Gregos à Freud**. Tradução de Vera Whately. Rio de Janeiro: RelumeDumará, 2001. Disponível em:https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1840778/mod_resource/content/0/Thomas-Laqueur-Inventando-o-Sexo%281%29.pdf Acesso em 31 mar. 2018.

MORAES, Maria Lygia Quartim. **Marxismo e feminismo: afinidades e diferenças**. Crítica Marxista, n° II, Campinas, 2000. Disponível em: <https://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/arquivos_biblioteca/dossie58Dossie%204.pdf> Acesso em 31 mar. 2018.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo. Coleção História do Povo Brasileiro, 2003. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2004000200015/7904>> Acesso em 31 mar. 2018.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica. Educação e realidade**, Porto Alegre, 16 (2): 5-22, jul/dez, 1990. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/20185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf> Acesso em 31 mar. 2018.

Sobre os Organizadores

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

Bolsista em Produtividade do CNPq (PQ2 - 2016-2019). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2001), Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (2004) e Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (2007). Atualmente é Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto e do IBMEC-BH. Atua principalmente nos seguintes temas: Direitos Fundamentais, Estado Democrático de Direito, Minorias, Ativismo e Reforma do Judiciário. Membro da Comissão Nacional da Diversidade Sexual (OAB) e Presidente da Comissão Estadual da Diversidade Sexual (OAB-MG).

Fabrcio Veiga Costa

Doutor em Direito – PUC Minas. Pós-Doutor em Educação – UFMG. Professor da Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/7152642230889744>>

Magno Federici Gomes

Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. ORCID: <<http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>>. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>>. Endereço eletrônico: federici@pucminas.br

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org