
ARTIGOS



EMERJ

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE EM MATÉRIA PENAL

Reflexão a partir da ADI 4.424 e da ADC 19 – STF e as Novas Controvérsias sobre a Lei Maria da Penha.

ANDRÉ LUIZ NICOLITTI

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE EM MATÉRIA PENAL: REFLEXÃO A PARTIR DA ADI 4.424 E DA ADC 19 – STF E AS NOVAS CONTROVÉRSIAS SOBRE A LEI MARIA DA PENHA. IN BOLETIM IBCCRIM. SÃO PAULO: IBCCRIM, ANO 20, N. 234, P. 08-09, MAI., 2012.

Controle de Constitucionalidade em matéria penal

Nos estudos sobre controle de constitucionalidade, destacadamente no que tange ao controle concentrado, muita discussão já se travou em relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Durante muito tempo a questão girava basicamente em torno de a declaração importar nulidade (efeitos *ex tunc*) ou anulabilidade ou inaplicabilidade (efeitos *ex nunc*).

A moderna doutrina constitucional atualmente se ocupa com diversas técnicas, como a interpretação conforme, a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, o “apelo ao legislador”, etc.

A questão no Brasil teve um avanço operacional a partir da Lei 9868/99, que na trilha do ordenamento português e alemão, adotou a possibilidade de o STF temperar os efeitos da decisão através da chamada “modulação dos efeitos temporais”².

Não obstante, em matéria penal não se tem dado muita atenção ao resultado do controle concentrado de constitucionalidade feito pelo STF, o que, na prática forense, não raro, tem gerado muita confusão, mormente no que se refere às questões intertemporais.

Para ilustrar, o STF, na ADPF 130, resolveu declarar “não recepcionada” pela Constituição a totalidade da Lei de Imprensa, sem, contudo, aplicar qual-

1 O Autor é: Juiz de Direito do TJRJ; Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa-Lisboa, Mestre em Direito pela UERJ, professor da EMERJ e da Universidade Candido Mendes.

2 BARROSO, Luis Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 232-233.

quer ressalva sobre os efeitos. Seguramente, centenas ou milhares de ações que envolvem direito de resposta tramitavam no Brasil quando do julgamento da referida ADPF. A perplexidade de como proceder foi enorme, pois, afinal, banidas as regras do ordenamento jurídico, perguntava-se: qual é a competência para julgar os direitos de resposta? Qual é o efeito do recurso contra sentença que assegura a resposta, já que a lei banida previa efeito apenas devolutivo? O que fazer com os processos que estão em trâmite nas varas criminais? Etc.

Em recente decisão (ADI 4424), o STF resolveu fixar interpretação conforme à Constituição em relação ao art. 16 da Lei 11.340/06, dispondo que a ação penal na hipótese de lesão corporal, mesmo leve, no âmbito da violência doméstica familiar, é pública incondicionada³. Tal regência versa sobre norma de natureza híbrida, ou seja, material e processual, pois, apesar de dispor sobre o exercício da ação penal, amplia o direito de punir do Estado, afastando a possibilidade de extinção da punibilidade pela decadência ou retratação da representação. Por tal razão, o tema deve ser visto à luz do princípio da irretroatividade da lei penal prejudicial ao réu (art. 5º, XL, CRF/88).

Da natureza dos controles concentrado e abstrato de constitucionalidade feito pelo STF

Ao analisar os efeitos das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, não podemos perder de vista a natureza de tal atividade para que possamos perceber os princípios regentes.

Ao controle concentrado associa-se o chamado controle abstrato, ou seja, não se está diante de um caso concreto, não há disputa entre as partes, a discussão é sobre a lei em si, diz-se então que há um processo objetivo⁴.

O controle concentrado deita raízes nas ideias de Hans Kelsen, que o concebeu para a Áustria (1920). Diversamente do *judicial review* americano, o controle concentrado não é propriamente uma fiscalização judicial, mas sim uma função constitucional autônoma, que pode ser definida como função legislativa negativa⁵.

3 STF, ADI 4424: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta, para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente).

4 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 900.

5 CANOTILHO, Op. cit., p. 898-899.

No controle difuso correspondente ao *judicial review*, os juízes exercem um poder de fiscalização (*Prüfungsrecht*) e controlam a validade da norma na solução do caso concreto com efeito *inter partes*. Já o controle concentrado possui eficácia *erga omnes*, correspondendo a uma competência de rejeição (*Verwerfungskompetenz*), pois o órgão se afirma como defensor da Constituição⁶, verdadeiramente, “legislando” negativamente⁷, isto é, eliminando do ordenamento jurídico⁸ a norma inconstitucional⁹.

Com efeito, o STF, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, exerce função constitucional autônoma (política e atípica) de guardião da Constituição, legislando. A natureza dessa função não é jurisdicional, mas legislativa negativa.

Da submissão da decisão do STF no controle abstrato ao art. 5º XL

A par da natureza da atividade do STF no controle abstrato de constitucionalidade, podemos chegar facilmente à conclusão de que a decisão do STF, ao declarar a inconstitucionalidade, está submetida à observância do princípio da irretroatividade da lei penal prejudicial ao réu (irretroatividade da *lex severior*) e retroatividade da lei favorável (retroatividade da *lex mitior*)¹⁰.

Não temos dúvida de que em um Estado constitucional e democrático de direito, todos, inclusive o STF, devem observância e submissão à Constituição. Dessa forma, se o legislador positivo, que exerce função típica legiferante, está submetido ao inciso XL do art. 5º, da CRF/88, com maior razão o legislador negativo, que exerce função atípica, também o estará.

O princípio da segurança jurídica, na forma aplicada em matéria penal, não permite que alguém que pautou sua conduta em um ato do Estado, que nasce com presunção de constitucionalidade como as leis, seja surpreendido por uma decisão do STF que venha criminalizar ou dar tratamento mais gravoso a fato que a lei (que se presume constitucional) não fazia.

6 CANOTILHO, Op. cit., p. 903.

7 Também reconhecendo ao STF a função legislativa negativa: BARROSO, Op. Cit., p. 177.

8 CANOTILHO, Op. cit., p. 903.

9 Sobre a “função de defesa”, ou seja, de eliminar do ordenamento jurídico a norma inconstitucional, própria do controle abstrato, vale conferir: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56.

10 Art. 5º, XL: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Da Modulação dos Efeitos Temporais (Panorama das técnicas)

De modo geral, adotou-se a concepção de que a norma inconstitucional é nula, logo, sua declaração possui efeitos retroativos (*ex tunc*). Essa concepção prevalente nos Estados Unidos se alargou com algumas exceções para inúmeros países que adotam o controle judicial de constitucionalidade, como Portugal, Espanha, Alemanha, Itália e também o Brasil. Apenas se registra na Áustria a fidelidade à concepção kelseniana de que a lei inconstitucional é anulável, ou seja, a decisão é desconstitutiva, com efeitos prospectivos (*ex nunc*)¹¹.

Já se assinala que a chamada “teoria das nulidades” se apresenta como um dos problemas mais complicados da disciplina processual¹². De nossa parte, ousamos dizer que é, na verdade, um dos temas mais insolúveis da Teoria do Direito. Encontramos problemas em todos os ramos, não só no processo. Basta lembrar a insuficiência das categorias em matéria de nulidade quando se estabelece como premissa que a “sanção” de nulidade tem eficácia retroativa, apagando todos os efeitos já produzidos anteriormente a sua declaração. Ora, o casamento nulo produz efeitos em relação ao cônjuge de boa-fé, bem como à prole (art. 1561, CC/2002). A sentença penal condenatória nula, no júri, produz o efeito de limitar futura condenação em razão da vedação da *reformatio in pejus* indireta. A insuficiência da teoria das nulidades não seria diferente no âmbito do direito constitucional, mormente no tema controle de constitucionalidade.

Na Alemanha, um dos debates inaugurais, que demonstra a necessidade de rever a dicotomia de paradigma nulidade-anulabilidade, se deu em relação ao problema da “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade”. Tratava-se de uma lei que dava determinado benefício a um grupo (reajuste ou vantagens), porém o excluía, expressa ou implicitamente, de outros, em igual situação. Ora, no caso, não seria justo declarar a nulidade do benefício da categoria contemplada, mas sim, estendê-lo aos não contemplados. Daí se iniciou a ideia de que a declaração de inconstitucionalidade não poderia necessariamente importar nulidade¹³.

A doutrina constitucional atualmente vem se ocupando do tema da modulação dos efeitos temporais das decisões em matéria de controle de constitucionalidade, destacadamente, pela via abstrata. Os mecanismos de

¹¹ BARROSO, Op. cit., p. 39-40.

¹² RAMALHO JUNIOR, Almir Duclerc. Nulidade no Processo Penal: Do Tradicional “inferno” teórico a uma racionalidade garantista. In: Leituras Complementares de Processo Penal. (Rômulo Moreira: Organizador). Salvador: Editora Podivm, 2008, p. 77.

¹³ MENDES, op. cit., p. 270.

modulação são importantes para temperar o rigor e a insuficiência da antiga dicotomia nulidade-anulabilidade. A superação desse paradigma tem sido paulatinamente construída e hoje já podemos falar de vários avanços, como a interpretação conforme a Constituição, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, a inconstitucionalidade sem declaração de nulidade e o “apelo ao legislador”.

Antes do advento da Lei 9868/99, o STF era um dos poucos tribunais com jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. Não se trata de negar o princípio geral da nulidade da lei inconstitucional, mas de afastar esse princípio sempre que se revelar mais gravoso ao sistema jurídico, traduzindo-se em ameaça à segurança jurídica, que também tem *status* constitucional. Com isso, muitas vezes a declaração de inconstitucionalidade não importará necessariamente eliminação direta e imediata da lei do ordenamento jurídico, deixando-se de lado a eficácia cassatória com efeito retroativo para assumir efeitos apenas prospectivos¹⁴.

Entre nós, a Lei 9868/99 foi clara ao dispor:

Art. 27: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Com décadas de atraso em comparação a outras democracias, nosso ordenamento já está dotado de instrumento que permite o temperamento dos efeitos temporais nas declarações de inconstitucionalidade. Impende, porém, maior zelo e atenção ao tema em matéria penal, merecendo destaque a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade quando a norma ou interpretação a ser excluída da ordem jurídica for mais benéfica ao réu, ou seja, a decisão terá efeito *erga omnes*, porém, *ex nunc*.

O efeito possível da ADI 4.424

Até o momento da construção do presente ensaio, não foram lavrados os votos que construíram a decisão na ADI 4424, pelo que não estamos certos se o tema foi enfrentado pelos Ministros por ocasião do julgamento. Contamos apenas com a decisão que assim dispõe:

14 MENDES, op. cit., p. 332-333.

ADI 4424: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente).

A decisão, como se vê, fixa, como pública e incondicionada, a natureza da ação penal nos crimes de lesão corporal no âmbito da violência doméstica. Sem discutir o desacerto da decisão, que para nós representa um retrocesso, na medida em que diminui a autonomia da mulher frente ao Estado - e provocará, sem dúvida, uma onda de processos com trâmite duradouro, que redundarão em absolvições diante do testemunho das vítimas reconciliadas que não foram ouvidas sobre a deflagração ou manutenção da persecução penal¹⁵ - o fato é que não há como conferir outro efeito à decisão do STF, senão o prospectivo (*ex nunc*).

A decisão do STF não poderá atingir fatos ocorridos antes de seu trânsito em julgado. Isso porque a norma tem presunção de constitucionalidade e as pessoas se pautam em consonância com esta e, ainda, tendo a seu lado jurisprudência consolidada no âmbito do STJ¹⁶ no sentido de que a lesão corporal exige representação. Assim, não podem ser surpreendidas com o resultado de uma decisão em sede de controle abstrato, cuja natureza é legislativa negativa, sendo o resultado prejudicial ao indivíduo, na medida em que fortalece o direito de punir.

Com efeito, a declaração de inconstitucionalidade, na hipótese, não pode importar nulidade da interpretação fixada anteriormente, devendo se aplicar, neste caso, a chamada inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, ou seja, a decisão tem efeito prospectivo (*ex nunc*).

Como ensina a doutrina¹⁷, a regra da nulidade somente pode ser afastada quando se demonstrar que a tradicional técnica de nulidade, com efeitos retroativos (*ex tunc*), envolverá sacrifício da segurança jurídica ou outro valor constitucionalmente materializável. É o que ocorre no caso, pois admitir a retroatividade da decisão do STF seria rasgar o inciso XL, do art. 5º da CRF/88.

Antes mesmo do trânsito em julgado da decisão, as Varas de violência

15 Não conseguimos perceber em que medida e com base em que o STF concluiu que “o art. 16 esvazia a proteção constitucional dada à mulher”. Poderíamos questionar em que medida referido dispositivo não fortalece à autonomia da mulher, bem como a importância da família, também protegida constitucionalmente.

16 STJ, HC 154940 e Resp 1051314.

17 MENDES, op. cit., p. 395.

doméstica já estão sendo conclamadas a dirimirem reflexos da decisão do STF. São promotores que, mesmo diante de retratação de representação anterior à decisão do STF, estão oferecendo denúncia. Delegados remetendo inquéritos sobre fatos anteriores à decisão sem que haja representação da vítima, promotores requerendo desarquivamento de inquérito arquivado por falta de representação, vítimas e acusados perplexos diante de persecuções penais iniciadas ou continuadas mesmo após seus atos de disposição da persecução e de inequívocos atos de reconciliação, etc.

Com efeito, imperioso seria que o próprio STF fixasse efeito prospectivo a sua decisão. Não o fazendo, o juiz não terá outro caminho a não ser interpretar a decisão no sentido de que seus efeitos são prospectivos por força do art. 5º, XL da CRF/88. A decisão do STF, como ato normativo, abstrato, cuja natureza é legislativa, deve ser interpretada pelo juiz, que deverá suprir suas omissões com os princípios do direito, como no caso, o princípio da irretroatividade da lei prejudicial ao acusado.

Os efeitos da ADC e o acaso da ADC 19

Diferentemente do que ocorre na ação direta de inconstitucionalidade, a declaração de constitucionalidade não produz uma mudança qualitativa na situação jurídica. O STF apenas afirma expressamente a sua constitucionalidade sem provocar qualquer efeito sobre a validade da norma. A lei vige após a decisão tal qual vigorava anteriormente. Nada impede também que, posteriormente, o legislador revogue ou altere a lei declarada constitucional¹⁸.

Dessa forma, no que concerne ao resultado da ADC 19, a declaração de que os artigos 1º, 33 e 41 são constitucionais serve para afastar as controvérsias existentes sobre o tema¹⁹.

Aqui também, sem enfrentar o desacerto da decisão, uma nota apenas deve ser feita em relação à declaração de constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha. Não é possível pensar que a Lei 9099/95 nunca será aplicada no âmbito da violência doméstica. Isso porque o artigo 41 se refere expressamente aos “crimes”, o que não abrange as contravenções penais, não sendo possível aplicar analogicamente a vedação que se faz “aos crimes” para alcançar também as contravenções penais, pois se trata de analogia prejudicial ao réu, vedada pelo ordenamento constitucional e legal.

18 MENDES, op. cit., p. 359-360.

19 A nosso sentir, no caso vertente, irá ocorrer apenas o acirramento das controvérsias.

Dessa forma, às contravenções penais no âmbito da violência doméstica são aplicáveis as normas da Lei 9099/95, não alcançadas pelo art. 41 da Lei 11.340/06, tampouco atingidas pela ADC 19 do STF.

Conclusão

Considerando a natureza jurídica da atividade do STF no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade (legislativa negativa), bem como a norma inserta no inciso XL do art. 5º da CRF/88 (irretroatividade da lei penal prejudicial), na hipótese de o STF não deliberar sobre o efeito prospectivo da decisão, a ação penal nos crimes de lesão corporal leve só será pública incondicionada relativamente aos fatos ocorridos após o trânsito em julgado da decisão da ADI 4424 do STF.

Apesar da ADC 19 e do que dispõe o art. 41 da Lei 11.340/06, às contravenções penais, no âmbito da violência doméstica familiar, são aplicáveis as normas da Lei 9099/95.

NICOLITT, André Luiz. **Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade em matéria penal: reflexão a partir da ADI 4.424 e da ADC 19 – STF e as novas controvérsias sobre a Lei Maria da Penha.** In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 20, n. 234, p. 08-09, mai., 2012.

LEI MARIA DA PENHA: O CONCEITO DE GÊNERO COMO NÚCLEO INTERPRETATIVO

Dr. Nelson Melo de Moraes Rêgo¹
Bel. Rafael Clery M. de Moraes Rego
Bel. Isla Caroline Barbare Leite
Bel. Magdiel Pacheco Santos

INTRODUÇÃO

Em respeito aos instrumentos internacionais sob os quais o Brasil se submetera², e na perspectiva pragmática de corresponder ao compromisso constitucional de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, §8º, da CF), surgiu a realidade normativa da Lei nº 11.340, sancionada em 07 de agosto de 2006. Fruto de intensos debates ocorridos a partir de 2002, a referida norma trouxe na sua elaboração um marcante peso democrático, em que a influência popular de um consórcio de ONGs, a atuação do Grupo de Trabalho Interministerial e as constantes audiências públicas demonstraram a ínsita efervescência social que marcou esse específico processo legislativo.

Esse diploma legal com nome de mulher³ representou o estabelecimento de normas de caráter repressivo, assistencial e protetivo, destinadas especificamente às mulheres em situação de violência doméstica, familiar ou decorrente de relação íntima de afeto. Assim, o texto normativo ratifica a extensão dos direitos fundamentais às mulheres, reconhecendo que toda mulher 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” (artigo 2º, da LMP).

Contudo, não obstante a patente proclamação da efetividade dos direitos

1 O primeiro coautor é Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca e Juiz Titular da Vara Especial de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de São Luis - Maranhão. Os outros Co-autores, Bacharéis em Direito, são servidores da referida Unidade Judiciária, sendo que Rafael Clery, que é analista judiciária, é Pós-Graduada em D. Constitucional pelo UNICEUMA.

2 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 e a Convenção de Belém do Pará de 1994.

3 Vide HERMANN, Leda Maria. Maria da Penha - Lei com nome de mulher: considerações à Lei nº 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo. Campinas: Servanda Editora, 2008.

humanos, desde a tramitação da referida lei, diversos questionamentos foram levantados sobre a pertinência jurídica e fática da lei. Além da superada hipótese de lesão ao princípio da igualdade⁴, e outras já apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal⁵, a problemática do gênero e sua conceituação têm gerado acalorados debates e incertezas quanto à aplicabilidade da Lei Maria da Penha.

DESENVOLVIMENTO

Muito mais que um detalhe conceitual do conteúdo normativo, **o conceito de gênero deve assumir uma postura nevrálgica em qualquer leitura que seja feita da Lei Maria da Penha.** Tanto o aspecto teleológico quanto as influências sociais e históricas do *occasio legis* demonstram o inoxidável desiderato legal de combater a desigualdade material, por sua vez consubstanciada na desigualdade de gênero.

De pronto, a fim de se estabelecerem critérios objetivos e clarificadores, tem-se por elementar afirmar que o conceito de gênero não está delimitado pelo sexo geneticamente definido, isto é, não tem vinculação com a fisiologia do corpo de cada ser humano. Como bem define Vera Regina Pereira de Andrade⁶, **“para além do dado biológico que define o sexo (cada nascimento requer um registro sexual, homem/mulher), o gênero será concebido como o sexo socialmente construído (a dicotomia feminino/masculino)”**.

Numa análise oportuna da situação da mulher diante da questão de gênero, Heleieth Saffioti⁷, em seu livro “O Poder do Macho” publicado em 1987, já tratava que as discriminações praticadas contra as mulheres frequen-

4 “(...) a Lei Maria da Penha não fere o princípio da igualdade estampado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, pois visa à proteção das mulheres que sofrem com a violência dentro de seus lares, delitos que, historicamente, sempre caíram na impunidade. É a igualdade substancial e não só a formal em abstrato, que pretende o tratamento favorável à mulher e está legitimado e justificado por um critério de valoração, para conferir equilíbrio existencial, social ao gênero feminino. Portanto, a Lei Maria da Penha é constitucional porque serve à igualdade de fato e como fator de cumprimento dos termos da Carta Magna”, (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. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 75).

5 No pleno histórico realizado em 09 de fevereiro de 2012, o STF julgou a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424.

6 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Soberania Patriarcal: o Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual Contra a Mulher. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 48, p. 260/290, maio/jun. 2004. p. 263.

7 SAFFIOTI, Heleieth I. B. O poder do macho. São Paulo: Moderna, 1987. p. 11

temente são justificadas pelo argumento de que biologicamente as mulheres são inferiores aos homens. Em seu estudo, Saffioti explica ainda que “o argumento biológico só foi utilizado a fim de mostrar a ausência de fundamentação científica da ideologia da ‘inferioridade’ feminina”. Portanto, a autora acredita que a difusão de que o sexo feminino é inferior ao masculino é um fenômeno construído socialmente. Sendo essa a teoria que explica, de forma mais lógica e coerente, a questão da desigualdade entre os gêneros.

Tendo como plano de fundo tais estruturas ideológicas patriarcais, o sentimento de posse pelo homem, em relação àqueles que se encontrariam em seu domínio, acaba sendo fomentado. Dessarte, **a ocorrência da violência doméstica exsurge como uma tradução grotesca do desejo de manutenção de lugar privilegiado na hierarquia**. Clarificando mais, Suely Souza de Almeida⁸ aduz que esse tipo de violência ocorre num quadro de disputa pelo poder, não se dirigindo, em princípio, a seres submissos, mas demonstrando que a utilização da força é necessária para manter a situação de dominação, haja vista que essa violência, “visa a produzir a heteronomia, a potencializar o controle social”.

Nesse contexto, segundo Saffioti, **a violência doméstica é predominantemente um crime de poder, um poder oriundo da ordem patriarcal, que tem como característica a “rotinização”**, tendo em vista que “o homem deve agredir porque o macho deve dominar a qualquer custo; e a mulher deve suportar agressões de toda ordem, porque seu ‘destino’ assim determina”.⁹

Logo, como se tem verificado, o conceito de gênero é um elemento normativo extrajurídico que imprescinde de uma abordagem histórica e social na sua delimitação. Tamanho é o peso deontológico dessa significação que, parte da doutrina, tem setorizado o Direito Penal com a abertura para um específico ramo denominado direito penal de gênero, com a conseqüente tipificação do crime de gênero¹⁰:

Não se trata, portanto, de qualquer conduta lesiva contra uma mulher. Para ser crime previsto na nova Lei, é necessário que a conduta seja baseada no gênero. A ação ou omissão que não for baseada no gênero não tem previsão

8 ALMEIDA, Suely Souza de (Org.). *Violência de Gênero e Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2007. p. 28.

9 SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado e violência*. 1. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004. p. 85.

10 SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. *Direito penal de gênero*. Lei nº 11.340/06: violência doméstica e familiar contra a mulher. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1231, 14 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9144>>. Acesso em: 14 jun. 2012.

típica na Lei Maria da Penha. A violência doméstica, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto contra uma mulher que não for baseada no gênero realiza tipos penais comuns e não está abrangida pela nova Lei. Assim, o direito penal de gênero é formado pelo estudo dos tipos penais que têm um elemento específico que os define como crime de gênero, ou seja, conduta baseada no gênero.

Dessarte, a estrutura normativa da Lei nº 11.340/2006 gravita em torno da relação de gênero, estando sua incidência estritamente direcionada ao que está estabelecido em seu artigo 5º – o qual, por sua vez, estabelece que a violência doméstica e familiar contra a mulher corresponde a “qualquer ação ou omissão **baseada no gênero** que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. Então, como bem pode ser apercebida, **a violência de gênero se insere nesse contexto legal quando há relações assimétricas, nas quais a um dos pares está imputado maior poder e autoridade, atribuições que o patriarcado relaciona à identidade masculina.** Em explanação sobre a temática, Suely Souza de Almeida enfatiza que:

A violência de gênero [...] uma vez instalada no seio das relações familiares, tende a se reproduzir de forma ampliada, sob o olhar complacente da sociedade, do poder público [...] prescindindo de justificativas para seu exercício cotidiano contra suas vítimas preferenciais [...] a sua reprodução contínua tende a acentuar a heteronomia, a fragilizar sobremaneira a autoestima dos seus protagonistas, a provocar sintomas psicossomáticos e a levar à crescente passividade das suas vítimas. A passividade é, antes, consequência e não causa da violência de gênero.¹¹

Então, nas palavras esclarecedoras de Edison Miguel da Silva Jr, a violência de gênero, como núcleo da Lei Maria da Penha, deve ser continuamente entendida como:

(...) aquela praticada pelo homem contra a mulher que revele uma concepção masculina de dominação social

11 ALMEIDA, Suely Souza de (Org.). Violência de Gênero e Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2007. p. 30.

(patriarcado), propiciada por relações culturalmente desiguais entre os sexos, nas quais o masculino define sua identidade social como superior à feminina, estabelecendo uma relação de poder e submissão que chega mesmo ao domínio do corpo da mulher¹².

Na mesma inteligência jurídica, Luís Flávio Gomes e Rogério Sanches prelecionam que a violência baseada no gênero ocorre:

(...) quando a violência praticada contra a mulher visa intimidá-la, puni-la, humilhá-la ou mantê-la nos papéis estereotipados ligados ao seu sexo, ou que lhe recuse a dignidade humana, a autonomia sexual, a integridade física, mental ou moral, ou vise abalar a sua segurança pessoal, o seu amor próprio ou a sua personalidade, ou ainda, vise diminuir as suas capacidades físicas ou intelectuais”¹³.

Não obstante a atenção especial que o legislador dera ao gênero, é frequente, na realidade forense, a tentativa de se alargar a incidência da Lei Maria da Penha buscando conotar a este instrumento legal o desiderato de proteger qualquer situação que tenha, em seu contexto, a figura da mulher. Assim, uma vez figurada o protagonismo de uma mulher em qualquer conjuntura antijurídica, ter-se-ia pertinente a aplicação da referida legislação específica.

Contudo, diferentemente do que poderia ser entendido numa análise perfunctória da situação, **a aparente proteção dada às mulheres, ao se dilatar a tipologia legal da referida lei, produz, em sua essência, efeito colateral ao banalizar instrumentos jurídicos construídos numa perspectiva mais restrita e urgente e ao produzir o esvaziamento conceitual em que está situada a grave nódoa da violência de gênero.** Logo, em não havendo configurados os elementos necessários à aplicação legítima da Lei nº 11.340/2006, abre-se espaço para diferenciações injustificadas que vão de encontro ao valor constitucional da isonomia:

12 SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. Direito penal de gênero. Lei nº 11.340/06: violência doméstica e familiar contra a mulher. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1231, 14 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9144>>. Acesso em: 14 jun. 2012.

13 LUIZ FLAVIO GOMES, ROGÉRIO SANCHES CUNHA, Legislação Criminal Especial, 1 Ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, V.6.

(...) interpretar o mencionado artigo 5º, ignorando a exigência da relação de gênero para qualificar a conduta ou simplesmente atribuir ao termo gênero o mesmo significado de mulher, violaria o princípio constitucional da igualdade de sexos, pois ‘o simples fato de a pessoa ser mulher não pode torná-la passível de proteção penal especial’ (NUCCI, 2007:1043). Enfim, **sob pena de inconstitucionalidade, violência doméstica não se confunde com violência de gênero**¹⁴.

Destarte, utilizando as palavras de Edison Miguel da Silva Junior, pode-se concluir que:

A Lei Maria da Penha não abrange toda e qualquer violência doméstica ou familiar contra a mulher, mas apenas aquela que pode ser qualificada como violência de gênero, isto é, atos de agressão motivados não apenas por questões estritamente pessoais, mas expressando posições de dominação do homem e subordinação da mulher¹⁵.

Como visto, é observável que há sincera preocupação da doutrina para a fixação do conceito de gênero como núcleo interpretativo para a incidência da Lei Maria da Penha. Seguindo essa mesma inteligência jurídica, têm-se, *verbis gratia*, diversas jurisprudências paradigmáticas:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E JUIZ DE DIREITO. CRIME COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER. CRIME CONTRA HONRA PRATICADO POR IRMÃ DA VÍTIMA. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.

1. Delito contra honra, envolvendo irmãs, **não configura hi-**

14 SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. Lei Maria da Penha: conduta baseada no gênero. Disponível em: <http://webserver.mp.ac.gov.br/wp-content/files/Lei-Maria-da-Penha-conduta-baseada-no-genero.pdf>. Acessado em 29 de maio de 2012, às 17:50.

15 SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. Lei Maria da Penha: conduta baseada no gênero. Disponível em: <http://webserver.mp.ac.gov.br/wp-content/files/Lei-Maria-da-Penha-conduta-baseada-no-genero.pdf>. Acessado em 29 de maio de 2012, às 17:50.

pótese de incidência da Lei nº 11.340/06, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica.

2. Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade.

3. No caso, havendo apenas desavenças e ofensas entre irmãs, **não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize situação de relação íntima que possa causar violência doméstica ou familiar contra a mulher. Não se aplica a Lei nº 11.340/06.**

4. (...) ¹⁶

[...] 1. Delito de lesões corporais envolvendo agressões mútuas entre namorados não configura hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou vulnerabilidade. 2. Sujeito passivo da violência doméstica objeto da referida lei é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência, com ou sem coabitação. 2. No caso, **não fica evidenciado que as agressões sofridas tenham como motivação a opressão à mulher, que é o fundamento de aplicação da Lei Maria da Penha. Sendo o motivo que deu origem às agressões mútuas o ciúme da namorada, não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06.** Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Conselheiro Lafaiete/MG.¹⁷

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. JUIZADO DE VIOLÊN-

16 Conflito de Competência nº 88.027 - MG 2007/0171806-1. Terceira Seção. Julgado em 05/12/2008. Rel. Exmo. Min. O.G. Fernandes.

17 STJ. 96533 MG 2008/0127028-7. ÓRGÃO JULGADOR: S3 - TERCEIRA SEÇÃO. Relator: Ministro OG FERNANDES. Data de Julgamento: 05/12/2008. Data de Publicação: DJe 05/02/2009.

CIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER E VARA CRIMINAL. APURAÇÃO DE CRIME DE LESÃO CORPORAL SUPOSTAMENTE PRATICADO POR IRMÃO EM DESFAVOR DE IRMÃ. RELAÇÃO DE PARENTESCO. **AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DE GÊNERO OU SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE OU HIPOSSUFICIÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA.** CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

1. **A LEI N. 11.340/2006. CUIDA-SE DE NORMA DE APLICAÇÃO RESTRITA E, CONFORME PREVISTO EM SEU ARTIGO 5º, A SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PRESSUPÕE QUE A AÇÃO OU OMISSÃO TENHA MOTIVAÇÃO DE GÊNERO.** PORTANTO, A VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO PRESUME A EXISTÊNCIA DE UMA RELAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA OU VULNERABILIDADE DA VÍTIMA EM FACE DO AGRESSOR, DE MODO A CARACTERIZAR HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA LEI N. 11.340/2006. **ASSIM, NÃO HÁ FALAR NA INCIDÊNCIA DA REFERIDA NORMA NAQUELAS SITUAÇÕES EM QUE NÃO SE VISUALIZA QUALQUER RELAÇÃO DE SUBORDINAÇÃO OU FRAGILIDADE DA VÍTIMA, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE.**

2. PARA A APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA, ALÉM DE A VÍTIMA SER DO SEXO FEMININO, A CONDUTA DEVE OCORRER ENTRE PESSOAS QUE MANTÊM ÍNTIMA RELAÇÃO DE AFETO, OU QUE RESULTE DO CONVÍVIO FAMILIAR, EM QUE HAJA PREPONDERÂNCIA DA SUPREMACIA DO AGRESSOR SOBRE A VÍTIMA. ASSIM, A SIMPLES CIRCUNSTÂNCIA DE EXISTIR CONFLITO ENTRE FAMILIARES NÃO ATRAI, POR SI SÓ, A INCIDÊNCIA DA LEI N. 11.340/2006.

3. NA ESPÉCIE, NADA OBSTANTE A RELAÇÃO FAMILIAR ENTRE OS ENVOLVIDOS, NÃO HÁ EVIDÊNCIAS DE SITUAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA OU VULNERABILIDADE DA SUPOSTA VÍTIMA EM FACE DE SEU IRMÃO, VISTO QUE NÃO RESIDEM JUNTOS E NÃO HÁ RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA OU HIERARQUIA ENTRE OS ENVOLVIDOS, APTA A CARACTERIZAR QUALQUER TIPO DE SUBJUGAÇÃO FEMININA.

4. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO CONHECIDO PARA

DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITADO - JUÍZO DE DIREITO DA PRIMEIRA VARA CRIMINAL DA CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA DE CEILÂNDIA-DF - PARA PROCESSAR E JULGAR OS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA¹⁸.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. LEI N.º 11.340/06. RELAÇÃO ENTRE IRMÃOS.

O fato de constar uma mulher na condição de vítima, por si só, ainda que se trate de relação entre irmãos, não caracteriza a hipótese de violência doméstica baseada no gênero, objeto da proteção especial da Lei Maria da Penha, ou seja, a violência baseada na supremacia construída culturalmente do homem sobre a mulher. Aqui, não se trata de motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade. Não se aplica a Lei nº 11.340/06¹⁹.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. ÂMBITO FAMILIAR. COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. VARA ESPECIALIZADA. RESOLUÇÃO 562/2006 DO COMAG.

As questões criminais que envolvam violência sexual praticada contra mulher, mediante prevalectimento das relações de gênero e em ambiente familiar, são de competência dos Juizados (provisórios) de Violência Doméstica e Familiar, atribuição que, no caso da Comarca de origem e em função de expresse regramento normativo de organização e divisão judiciárias recai sobre a 4ª Vara Criminal na Comarca de Santa Maria²⁰.

Contextualizado com o debate doutrinário e jurisprudencial sobre a temática, o ínclito Tribunal de Justiça do Maranhão também já manifestou entendimento louvável:

18 Processo: 230284520118070000 DF 0023028-45.2011.807.0000, Relator(a): ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Julgamento: 27/02/2012, Órgão Julgador: Câmara Criminal. Publicação: 20/03/2012, DJ-e Pág. 46.

19 Processo: RECSENSES 70042229195 RS Relator(a): Osnilda Pisa; Julgamento: 29/06/2011; Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal; Publicação: Diário da Justiça do dia 07/07/2011.

20 Processo: RECSENSES 70048521843 RS; Relator(a): Ícaro Carvalho de Bem Osório; Julgamento: 24/05/2012; Órgão Julgador: Sexta Câmara Criminal; Publicação: Diário da Justiça do dia 30/05/2012.

PENAL. PROCESSO PENAL. INCIDENTE. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL. JUÍZO DA 2ª VARA. COMARCA SÃO JOSÉ DE RIBAMAR. LEI MARIA DA PENHA. FATO NÃO INCLUSO NO CONCEITO DE CRIME DE GÊNERO. - Como se observa dos depoimentos tanto da suposta vítima, quanto do acusado, **a agressão surgiu da insatisfação do acusado na presença da vítima e seu marido na residência de sua mãe. - Em momento algum restou demonstrado tratar-se de violência de gênero, mas apenas de uma situação que em tese resta caracterizada conduta inserta no Código Penal e na Lei de Contravenções Penais.** - Não incidência da Lei Maria da Penha. - Juízo competente para processar e julgar o feito Juizado Especial. Conflito de Jurisdição 1954-05.2010.8.10.0058²¹.

[...] 2. Com efeito, tenho que, inicialmente, não se pode enquadrar a conduta dos Pacientes como sendo de violência doméstica ou familiar, já que a relação entre réu e vítima não se enquadra entre as previstas no art. 5º da Lei. 11.340/2006; 3. Ainda que assim não fosse, no caso, a Lei 11.340/06 não seria aplicada, pois **não se cuida de situação relacionada a vulnerabilidade, hipossuficiência, inferioridade física ou econômica existente entre agressor e vítima. Não havendo hipossuficiência e/ou vulnerabilidade entre as partes, não há o menor risco de motivo que enseje a aplicação da legislação penal especial;** 4. Dessa forma, está-se a tratar, em tese, diante do delito previsto no art. 147, *caput*, do Código Penal, que prevê pena de detenção de 1 a 6 meses. Assim, a competência para julgar o fato é do Juizado Especial Criminal; 5. Ordem concedida para que os autos da representação sejam encaminhados ao juizado especial competente²².

21 TJMA. Conflito de Jurisdição 0001954-05.2010.8.10.0058. Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal. Rel. Des. Raimundo Nonato Magalhães Melo. Data da publicação: 21/06/2011.

22 TJMA. Hc 5137-27.2011.8.10.0000. Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal. Rel. Des. Raimundo Nonato Magalhães Melo. Data da publicação: 09/01/2012

CONCLUSÃO

Conforme visto nesta sucinta abordagem doutrinária e jurisprudencial, a Lei 11.340/2006 traz, em seu bojo, a inafastável marca do combate à violência de gênero. Seja por elementos históricos, seja por elementos surgidos durante a dinâmica legiferante, a referida norma positivou o clamor – que ainda ressoa – dos que resistem contra as ideologias patriarcais que infelizmente nodoam a dinâmica social, estabelecendo infundados abismos entre os homens e as mulheres.

Conscientes dessa realidade subjacente ao texto legal, os operadores jurídicos, nas diversas e louváveis áreas de atuação, devem primar pela aplicação da Lei da Maria da Penha com a estrita incidência no campo de atuação para a qual fora detidamente (e democraticamente) produzida. Como bem pode se notar, não se trata de preciosismo doutrinário nem de restrição à prestação jurisdicional. De modo inverso, a inteligência restritiva da mencionada lei tem como objetivo maximizar a eficácia social, concentrando a atuação nos casos que se coadunem com a realidade deontológica do gênero.

Em nenhum momento, ao se defender a delimitação da aplicação, busca-se a tolher a ação do Estado-juiz nas situações que sobressaem as bordas do conceito de gênero. De igual maneira como ocorre nas demais situações processuais em que se estabelece uma competência material, não haverá casuística que será impedida de usufruir da devida prestação jurisdicional. Assim, nos episódios não configuradores da violência de gênero, ocorrerá a prestação jurídica ordinária ou, em havendo legislação específica, – como, por exemplo, a referente a idosos, crianças e adolescentes – a aplicação de microssistema jurídico com instrumentos e conceitos peculiares.

Destarte, a fim de que a Lei Maria da Penha tenha eficácia e abrangência social, é imperiosa a adoção do conceito de gênero como fator distintivo na sua aplicação. Trilhando esse raciocínio, a conjuntura forense estará mais bem distribuída para tratar, com aparelhamento técnico e pessoal peculiar, as situações lesivas à dignidade da mulher em situação de violência de gênero.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Soberania Patriarcal: o Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual Contra a Mulher. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 48, p. 260/290, maio/jun. 2004.

ALMEIDA, Suely Souza de (Org.). Violência de Gênero e Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2007.

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. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HERMANN, Leda Maria. Maria da Penha - Lei com nome de mulher: considerações à Lei nº 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo. Campinas: Servanda Editora, 2008.

LUIZ FLAVIO GOMES, ROGÉRIO SANCHES CUNHA, Legislação Criminal Especial, 1 Ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, V.6.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e processuais penais comentadas. 4. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. O poder do macho. São Paulo: Moderna, 1987. p. 11.

_____. Gênero, patriarcado e violência. 1. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004. p. 85.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. Direito penal de gênero. Lei nº 11.340/06: violência doméstica e familiar contra a mulher. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1231, 14nov. 2006 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9144>>. Acesso em: 14 jun. 2012.

LEI MARIA DA PENHA – PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE – ART. 5º DA LEI 11.340/06, NATUREZA DE NORMAS EXPLICATIVAS – INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA – REFLEXOS NA COMPETÊNCIA

ANTONIO ALVES CARDOSO JUNIOR

JUIZ TITULAR DO JUIZADO DA VIOLÊNCIA FAMILIAR

CONTRA A MULHER DE DUQUE DE CAXIAS / RJ

A Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, foi criada para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, na forma do disposto em seu artigo 1º.

Embora a Lei Maria da Penha não traga previsão de tipos penais ou de procedimentos, como leciona Geraldo Prado:

“(...)Basicamente, trata-se de uma lei penal, malgrado os esforços para consolidar-se como Estatuto capaz de compor um sistema micro de disciplina jurídica das questões pertinentes à violência doméstica e familiar contra a mulher. Os aspectos não-penais das categorias e institutos criados funcionam como acessórios ou instrumentos de garantia da eficiência do mecanismo penal de responsabilização da violência doméstica e familiar contra a mulher, em suas variadas formas de manifestação(...)”.¹

Nesse passo, em que pese a lei não criar novos tipos penais, no sentido de não trazer novas condutas, além daquelas já existentes no Código Penal e nas Leis Especiais, é inegável que as normas previstas no art. 5º da Lei Maria da Penha, essenciais para se definir o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, são normas explicativas, pois são aquelas “(...) que integram e completam os tipos, na medida em que definem termos e situações aplicáveis aos casos concretos (...)”²

Portanto, não é absurdo afirmar que mesmo sem trazer novas condutas incriminadoras, a Lei 11.340/06 “criou” “tipos derivados”, uma vez que existe, por exemplo, a ameaça (que juntamente com o crime de lesões corporais, envolve o maior número de casos distribuídos aos Juizados Especiais da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher) e a “ameaça praticada no

âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher”, que possui consequências e tratamento jurídico diverso **(além da agravante prevista no art. 61, II, f do CP, aplicável na maioria dos casos, admite-se a prisão preventiva mesmo quando a pena for inferior a quatro anos; a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz ainda na fase de inquérito; a legitimidade e capacidade postulatória da vítima para requerer as medidas protetivas de urgência e a não aplicação de institutos despenalizadores previstos na lei 9.099/95)**, se não ocorrer naquele âmbito, o mesmo se podendo falar dos demais crimes, sendo que apenas com relação ao crime de lesão corporal houve alteração na pena em razão da Lei Maria da Penha, consignando-se que o parágrafo 9º, do art. 129 do CP, acrescentado pela Lei 10.886/04, embora sob a rubrica “Violência doméstica”, abrange, além das hipóteses que envolvem a violência doméstica e familiar contra a mulher, outras que não lhe dizem respeito, sendo que o conceito da violência doméstica e familiar contra a mulher não é explicitado no citado dispositivo legal.

Dessa forma, é de suma importância que se leve em conta o princípio da taxatividade para que se chegue ao conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, em razão das expressões extremamente abertas utilizadas pelo legislador no art. 5º e seus incisos da Lei Especial.

“(…)Taxativo significa limitativo, restrito, apertado ou estreito. Não é preciso muito para se compreender, em Direito Penal, a relevância do Princípio da Taxatividade, lógica e naturalmente vinculado ao Princípio da Legalidade. Se inexistente crime sem prévia definição legal, nem pena sem anterior cominação em lei, torna-se essencial garantir a eficiência do preceito delimitador da responsabilidade penal, demandando-se do Poder Legislativo a correta redação dos tipos incriminadores(…)

A taxatividade dos tipos penais tem a finalidade de aclarar o objetivo de cada figura criminosa, permitindo a exata captação do sentido dos modelos. Com isso, estabelece-se a relação de confiança entre o Estado e o indivíduo, tornando-se seguro o contorno entre o ilícito penal e o extrapenal (…)”³

Sucedo que, ao agregar normas explicativas, que inclusive contêm elementos normativos (mais uma razão para afirmar-se que foram “criados” “tipos derivados”), alguns crimes, como a lesão corporal, que tinham tipos fechados, passaram, quando no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, a tipos abertos, sendo que outros tipos, que já eram abertos, se tornaram ainda mais fluídos nesses casos.

Deve-se ressaltar que o denominado tipo aberto, por si só, não é um

problema, sendo uma consequência lógica e exigência de maior flexibilidade dos tipos incriminadores, uma vez que o tipo penal fechado é insuficiente para a multiplicidade de condutas e resultados lesivos a bens jurídicos.

O problema, repita-se, é o fato de as mencionadas normas explicativas não terem sido redigidas por vocábulos e sentenças, coordenadas e bem dispostas, de modo a assegurar a perfeita delimitação do universo da comunicação pretendida.

Elemento essencial para que se chegue ao conceito de violência doméstica é a chamada violência de gênero, que assume postura nevrálgica em qualquer leitura que seja feita da Lei Maria da Penha. Somente com a precisão desse conceito é que não restará ferido o princípio da taxatividade, corolário do princípio da legalidade, bem como o princípio da isonomia.

Nesse diapasão, a interpretação puramente gramatical do citado art. 5º da Lei Maria da Penha, com a devida vênia, tem dado margem a algumas interpretações que, a nosso sentir, estão completamente divorciadas dos objetivos do legislador e do conceito de violência de gênero, sendo que existe uma corrente que entende que basta que a vítima seja mulher para que se entenda que ocorreu violência doméstica e familiar contra a mulher; entendendo outros que, além de a vítima ser mulher, bastaria a presença de qualquer um dos requisitos previstos num dos incisos do art. 5º da Lei 11.340/06 para se reconhecer aquela espécie de violência.

Tal entendimento já levou a que fosse reconhecida a competência dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, num caso de briga de duas irmãs; de uma mãe que teria agredido a filha em razão de discussão banal; de um filho que agrediu a avó após uma discussão em razão de ela tê-lo flagrado no ato sexual com a namorada; de um genro que agrediu a sogra após uma discussão, entre outros da mesma estirpe.

Com relação ao conceito de violência de gênero e das expressões extremamente abertas utilizadas pelo legislador, vejamos o que nos ensina o professor Guilherme de Souza Nucci (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas –“(…) Conceito legal de violência doméstica e familiar: (...) baseada no **gênero** (...) **O conceito é lamentável, pois mal redigida a norma e extremamente aberta.** Pela interpretação literal do texto, seria violência doméstica e familiar praticar qualquer crime contra a mulher, pois certamente isso causaria, no mínimo, um sofrimento psicológico. Aliás, qualquer vítima de infração penal deve passar por igual situação (...) Por esse motivo, há de se interpretar, **restritivamente**, a definição de violência doméstica familiar (...) Relação íntima de afeto: **É o relacionamento estreito entre**

duas pessoas, fundamentado em amizade, amor, simpatia, dentre outros sentimentos de aproximação(...)”. (grifos nossos).”⁴

Não por outro motivo, doutrina e jurisprudência vêm entendendo, embora a questão ainda seja polêmica, que, como regra, a competência dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher tem lugar, como regra, nos casos em que a violência decorre de uma relação íntima de afeto envolvendo maridos, companheiros e até namorados (neste caso desde que não se trate de uma relação fugaz), ainda que a relação tenha terminado e não exista coabitação, devendo entretanto haver nexo causal entre a violência e a relação.

Esse foi o motivo da criação da lei, como nos ensina Alice Bianchini: “(...) nas relações de **conjugalidade**, ainda que sem coabitação entre homem e mulher. (...) com a morte de um dos **cônjuges**, quase sempre a mulher. (...) É de se notar, portanto, que a violência doméstica e familiar contra a mulher **possui contornos muitos específicos**, a começar por sua natureza cíclica: inicia-se com (1) a construção da tensão chegando à (2) tensão máxima durante a crise, finalizando com a (3) **reconciliação**. Há um escalonamento da intensidade e frequência das agressões, que depende, diretamente, das circunstâncias da **vida do casal**. (...) tudo isso justifica um tratamento diferenciado e eminentemente protetivo, quando se trata de violência em uma **relação íntima de afeto**, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (...)”.

(grifos nossos) ⁵

Por tais motivos é fundamental, para que não seja ferido o princípio da taxatividade, que seja realizada uma interpretação teleológica, histórica e sociológica quanto aos seus meios e restritiva no que tange a seu resultado.

Nesse sentido, vale destacar o lapidar voto no acórdão (cf. conflito de jurisdição 229/09 e 1364-39/2010), cujo relator foi **o hoje Ministro do STJ, Marco Aurélio Bellizze**, à época Desembargador da Egrégia 1ª Câmara Criminal de nosso Tribunal, mencionado pelo Exmº Desembargador Marcus Basílio, relator de um conflito de competência que teve como suscitante o juízo da 2ª vara criminal da comarca de Duque de Caxias (0032538-15.2012.8.19.0000), afirmando o culto Desembargador que o voto do hoje Ministro do STJ, “escande a matéria, mostrando-se desnecessário qualquer outro fundamento”; motivo pelo qual peço vênha para transcrever alguns trechos do mesmo, o qual, entretanto, merece ser lido na íntegra:

“Ressalte-se, desde logo, a turbulência dos entendimentos acerca do

âmbito de abrangência do conceito de “violência doméstica e familiar”.

O conceito legal tem sofrido severas críticas da doutrina, como ressalta Guilherme Nucci¹, por se tratar de uma norma extremamente aberta.

Há os que afirmam, pela interpretação literal da lei, que a norma compreende relações de casamento, união estável, família monoparental, homoafetiva, adotiva, vínculos de parentesco em sentido amplo e, ainda, introduz a ideia de família de fato (aquela que não tem vínculo jurídico familiar, mas que se consideram aparentadas, como, por exemplo, amigos próximos e empregados domésticos), como também as relações protegidas pelo biodireito.

No entanto, entendo que o conceito de violência doméstica e familiar merece uma interpretação restritiva, sob pena de inviabilização da própria aplicação da norma, eis que a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea “f”, do Código Penal, seria aplicada a um número excessivo de infrações penais, o que, de certo, não era a intenção do legislador.

Para se compreender melhor o tema, necessário se faz uma pequena digressão histórica acerca dos motivos que levaram à edição da Lei nº 11.340/06.

Ressalte-se que simples fotografia da realidade social e cultural em que vivemos permite constatar que não faltaram razões para a edição de uma lei específica para prevenir e coibir a violência no país, com enfoque principal fosse a proteção às mulheres, históricas vítimas, como preconiza o artigo 1º da Lei nº 11.340/06, bem como o próprio preâmbulo da referida Lei.

Não podemos perder de vista os aspectos históricos e sociais que criaram condições propícias para a discriminação de gênero hoje vigente e que necessitam ser eliminados do contexto social.

Deve-se reconhecer que a violência de gênero é um evento sociológico e epidemiológico, fruto da diferença de poder entre homens e mulheres, dos distintos papéis sociais atribuídos a cada gênero e da subordinação histórica das mulheres.²

A violência de gênero é, pois, fruto da discriminação contra as mulheres, ao passo que as relações hierarquizadas e o machismo são determinantes para a aceitação social dessa violência.

Nesse sentido, já mencionava Sérgio Ricardo de Souza³, ao tratar da

¹NUCCI, Guilherme. Lei penais e processuais penais comentadas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 p. 1163/1169.

²CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social. Artigo publicado na revista do RBCCRIM 73-2008, p. 245/246.

³SOUZA, Sérgio Ricardo de. Comentários à lei de combate à violência contra a mulher. 3. ed. Curitiba:

relação da violência doméstica e familiar com os direitos humanos:

“(...) Mas há que se frisar que o legislador procurou, principalmente, firmar a posição de que a violência de gênero não se confunde com as demais formas de violência, porque ela caracteriza-se principalmente na cultura machista do menosprezo pela mulher, bem como na idéia de perpetuação da submissão da mulher ao mando do homem, autorizando a equivocada e nefasta disseminação da inferioridade do gênero feminino em relação ao masculino, permitindo a “coisificação” da mulher, numa afronta direta à doutrina da dignidade da pessoa humana, consolidada já na filosofia kantiana e expressamente inserida no art. 1º, inc. III, da CRFB”.

Luiz Antônio de Souza, por sua vez, ao defender a constitucionalidade da Lei nº 11.340/06, **ensina que a interpretação do referido diploma legal não deve ser gramatical, mas sim sociológica, teleológica e axiológica.**

Sob o prisma sociológico, a Exposição de Motivos da Lei nº 11340/06, no item 11, aponta que as pesquisas realizadas revelam, confirmadas por estatística, que a mulher é socialmente vulnerável no âmbito doméstico e familiar, sendo objeto de constantes espancamentos, merecendo, pois, uma proteção especial, já que as leis penais vigentes não foram suficientes para a proteção de tão nobres bens jurídicos.

Sob o aspecto teleológico – finalidade da norma –, temos que a Lei nº 11340/06 veio como forma de conferir a efetivação da harmonia das relações familiares.

Quanto ao aspecto axiológico – valor da norma –, temos que a proteção da mulher, ao contrário de violá-lo, veio conferir maior efetividade ao princípio da isonomia e, nesse sentido, da Exposição de Motivos, item 12, destaca-se:

“É contra as relações desiguais que se impõem os direitos humanos das mulheres. O respeito à igualdade está a exigir, portanto, uma lei específica que dê proteção e dignidade às mulheres vítimas de violência doméstica. Não haverá democracia efetiva e igualdade real enquanto o problema da violência doméstica não for devidamente considerado. Os direitos à vida, à saúde e à integridade física das mulheres são violados quando um membro da família tira vantagem de sua força física ou posição de autoridade para infligir maus-tratos físicos, sexuais, morais e psicológicos”.

Não é outro o sentido que se extrai da própria Lei nº 11.340/06, que, em seu artigo 4º, assevera: **“Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições pecu-**

Juruá, 2009, p. 50 4 SOUZA, Luiz Antônio de. KUMPEL, Vitor Frederico. Violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. ed São Paulo: Editora Método, 2008, p. 63/77.

liares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar” (sem grifo no original).

Note-se, pois, que a lei deverá ser interpretada com especial atenção aos fins sociais a que se destina, demonstrando a preocupação do legislador com a correta interpretação da lei.

De outro giro, observa-se que a iniciativa legislativa de inserir no quadro normativo nacional uma legislação específica para tratar do tema da violência doméstica decorre do próprio texto constitucional – art. 226, § 8º, da Constituição Federal-, bem como das recomendações feitas por diversos organismos internacionais no sentido do combate à violência de gênero, considerada uma grave violação aos direitos humanos. (...)”

Dessa análise, extrai-se que a Convenção de Belém do Pará, em seus artigos 1º e 2º, “a”, diferencia a “família” e “outras relações interpessoais”, qualificando o tipo de violência de gênero como violência doméstica não só como lugar de convívio, mas também como um tipo específico de relação, **isto é, aquela que se dá entre parceiros íntimos, sejam eles conviventes ou não.**

E nesse sentido ressalta Jesualdo Almeida Júnior:

“Outrossim, caracteriza situação a ensejar a aplicação da lei em comento a agressão desferida contra a mulher **numa relação de afeto**, não importando o fato de o agressor e a ofendida coabitarem ou não a mesma casa”. (Grifo nosso).

Assim, interpretando os artigos em questão, tem-se a violência doméstica como uma forma específica da violência de gênero – aquela que ocorre em relações de intimidade – **utilizando-se o termo “violência doméstica” para se referir à violência conjugal, daí porque afirmarmos que a terminologia “violência doméstica” deve ser tida como sinônimo de violência contra a mulher praticada por parceiros íntimos.**

Como leciona Carmen Hein de Campos:

“Essa também parece ter sido a opção do legislador ao definir, no art. 1º, da Lei nº 11.340/06 que esta “cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”. Embora haja uma aparente redundância na expressão “doméstica e familiar”, pode-se argumentar que o legislador não escolheu essas duas expressões como o mero intuito de reforçar o substantivo ‘doméstica’. Ao definir-se pela expressão violência doméstica, quis o legislador referir-se ao tipo de relação, tal como consagrada academicamente em estudos feministas, igualando-o à violência nas relações íntimas. Observa-se que o legislador usa o conectivo “e” para introduzir o adjetivo “familiar”. Por conseguinte, o “familiar” se refere ao lugar onde essa violência é praticada

(na família). Desta forma, a violência doméstica contra a mulher definida na Lei é uma violência praticada em relações de conjugalidade (atuais ou não) e também no espaço familiar (art. I, II e III) – p. 252”. (...)

1. Apesar de ser desnecessária à configuração da relação íntima de afeto a coabitação entre agente e vítima, verifica-se que a intenção do legislador, ao editar a Lei Maria da Penha, foi de dar proteção à mulher que tenha sofrido agressão decorrente de relacionamento amoroso, e não de ligações transitórias, passageiras.

2. (...)”. (CC nº 95.057-MG. Ministro JORGE MUSSI. S3 – 3ª Seção, j. em 29.10.2008, p. 13.03.2009).

A limitação da incidência da Lei nº 11.340/06 às relações íntimas de afeto, na proteção do gênero feminino, ficou claramente exposta no seguinte aresto do E. Superior Tribunal de Justiça:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. RELAÇÃO DE NAMORO. DECISÃO DA 3ª SEÇÃO DO STJ. AFETO E CONVIVÊNCIA INDEPENDENTE DE COABITAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO DE ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. LEI Nº 11.340/2006. APLICAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL. 1. **Caracteriza violência doméstica, para os efeitos da Lei 11.340/2006, quaisquer agressões físicas, sexuais ou psicológicas causadas por homem em uma mulher com quem tenha convivido em qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação.(...)**

Note-se, pois, pela análise do caso em comento, que o delito supostamente praticado pelo pai/padrasto em relação aos filhos e à enteada, não guarda qualquer motivação de gênero apta a atrair a incidência da Lei nº 11.340/06, merecendo exame e punição à luz do Código Penal.

Ausente, pois, o nexo de causalidade entre a conduta criminosa praticada e a relação existente entre autor e vítimas, que não se identifica com violência de gênero, praticada em contexto de relação íntima de afeto, não deve incidir o sistema de proteção especial criado pela Lei nº 11340/06.

Veja-se, a título de ilustração, que na hipotética situação de violência sexual praticada pelo pai contra filho e filha, somente a última atrairia a incidência da Lei nº 11340/06, em evidente tratamento desigual de pessoas que estavam numa mesma situação, a evidenciar que a mencionada lei somente alcança pessoas que estão numa mesma situação ou contexto – mulheres vulneráveis, vítimas de violência de qualquer natureza, praticada por parceiro ou parceira em relação íntima de afeto.

É que, como salientado, seria questionável do ponto de vista constitucional, sob o enfoque da igualdade, o tratamento diferenciado dado às

vítimas crianças do sexo feminino e masculino, quando não presentes os motivos determinantes de tal distinção, criando, desta forma, situações jurídicas teratológicas.

Conclui-se, pois, que no presente caso concreto, a relação entre pai/padrasto e filhos e enteada não se insere na hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06. Se assim fosse, qualquer delito que envolvesse relação entre parentes poderia dar ensejo à aplicação da referida Lei, inviabilizando-se, inclusive, o funcionamento do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. (...)

Como se depreende da leitura do voto acima, em parte transcrito, mesmo nos crimes contra a dignidade sexual, no caso o estupro, quando são cometidos por pais, padrastos, avôs, contra vítimas do sexo feminino, a hipótese, como regra, não se insere no âmbito da violência de gênero, pois além de ser um tipo de violência comum também entre vítimas do sexo masculino, o que podemos afirmar em razão dos quase onze anos de judicatura em varas criminais, tais crimes são cometidos em razão de um **elemento subjetivo específico implícito**, qual seja, a satisfação à libido, e não somente em razão de a vítima ser mulher, fato que está relacionado com a orientação sexual do agressor e não com a violência de gênero. O elemento subjetivo específico implícito é um dos mecanismos legítimos e necessários para a construção dos tipos penais abertos, ligando-se portanto ao princípio da taxatividade, o qual requer sua interpretação com precisão e parcimônia.

Assim, podemos definir a violência de gênero como aquela praticada como regra pelo homem contra a mulher que revele uma concepção masculina de dominação social em razão de relações desiguais entre os sexos, nas quais o masculino define sua identidade social como superior à feminina, ensejando uma relação de poder e submissão e normalmente aceita por grande parcela da sociedade e, infelizmente, do poder público. Vale dizer: o homem deve agredir porque o macho deve dominar a qualquer custo e a mulher suportar as agressões “porque seu destino assim determina”. 6

Nessa linha de raciocínio, ao se dilatar a tipologia legal da Lei Maria da Penha, produz-se o efeito contrário, banalizando instrumentos jurídicos que se consubstanciam em verdadeira **ação afirmativa**.

Na lição do professor Nilo Batista:

“(...) A bela história das lutas feministas não pode, na sua frente político-criminal, paralisar-se porque algum setor insiste que nada mudou, que o sistema penal de hoje é o mesmo de há meio século, e que as estra-

tégias devem ser mantidas. O menos rigoroso juízo acerca de tal setor o colocaria em uma situação do melancólico personagem de Chico Buarque: “o tempo passou na janela e só Carolina não viu”(...)”.⁷

Conclui-se, portanto, que o princípio da taxatividade, além dos princípios da legalidade e da isonomia, são fundamentais para a correta interpretação da finalidade da Lei Maria da Penha.

O TRÁFICO DE MULHERES VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E IMPUNIDADE UMA QUESTÃO POLÍTICA

CRISTINA TEREZA GAULIA

*DESEMBARGADORA NA CORTE ESTADUAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
E COORDENADORA DA COORDENADORIA ESTADUAL DE MULHERES EM SITUAÇÃO DE
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.
TRABALHO PREPARADO PARA SER APRESENTADO NA 11ª CONFERÊNCIA
INTERNACIONAL DE MULHERES MAGISTRADAS EM LONDRES, EM MAIO/2012.*

O mundo sem fronteiras, estabelecido pela expansão do mercado tem atuado segundo as necessidades do capital, escamoteando assim as relações humanas que se encontram em conflito, agravadas pela divisão injusta do espaço econômico e social.

Não há dúvidas de que as mulheres, as crianças e jovens (hoje também travestis e transexuais) são as que mais sofrem o impacto negativo dessa ordem mundial.

Um dos fenômenos decorrentes dessa expansão é o deslocamento de pessoas, a migração.

A migração traz à tona novas contradições: emocionais e materiais, decorrentes da vida em terra estrangeira, sem direitos, com exposição à xenofobia, ao racismo, ao preconceito, à discriminação.

As mulheres têm aparecido nas estatísticas como as que mais migram, entre países ou regiões de um mesmo país, geralmente dos conflagrados por guerras ou miséria econômica, para os economicamente mais estáveis, e do interior para as capitais.

Mas para as autoridades, para o estamento estatal, para os poderes constituídos e para a elite econômica e social, as mulheres, crianças, adolescentes, que migram, oficial ou clandestinamente, aparecem como meros números, nas ondas estatísticas do turismo sexual, das mortes violentas, da escravidão, da prostituição e do comércio de órgãos.

Os governos fecham os olhos para o problema e esquecem as vítimas, mesmo quando os criminosos são, eventualmente, presos, e as vítimas, se sobreviventes, são recambiadas oficialmente para seus locais de origem, onde voltam a conviver com as mesmas condições de miséria e abandono absolutos que as levaram, inicialmente, a alimentar a ilusão e a crença de que haveria salvação em outro lugar.

Lamentavelmente as poucas organizações que defendem e orientam essas vítimas fazem pouco ou quase nada, no que tange a seu acolhimento, proteção e recuperação, antes, durante ou depois da situação de escravização sexual, por exemplo, em que passam a viver quando da “desilusão na terra prometida”, no dizer da colombiana Fanny Polania Molina.

É absolutamente necessário, ao lado da existência das Convenções Internacionais que almejam o combate internacional ao tráfico de pessoas, e a colega Andrea Pachá vai falar sobre o Protocolo de Palermo adicionado em 2000 à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que sejam criadas organizações oficiais que promovam a prevenção, orientando e informando as mulheres, e que concretizem a recuperação e reinserção da mulher vitimizada na sociedade da qual ela provém, dando-lhes apoio jurídico, psicológico, social, econômico, fornecendo moradia e ajuda financeira, e providenciando um emprego ou trabalho digno remunerado, evitando assim o ingresso da vítima no ciclo ilusão-deslocamento-escravidão-morte, gerado pelo tráfico de pessoas para fins de prostituição e escravização sexual.

Relevante referir, à guisa de aprofundamento da questão, que:

1º) na América do Sul, principalmente no Brasil, Bolívia, Colômbia, Guiana e Venezuela, o tráfico de mulheres ocorre, tanto dentro dos próprios países (tráfico interno), como também é dirigido ao mercado internacional (tráfico externo).

2º) O tráfico interno tem características próprias, visando, de forma mais marcante, à prostituição infanto-juvenil (idade média entre 9 e 17 anos), sendo decorrente da miséria e da ignorância das famílias.

Há no Brasil a venda de filhas-meninas como forma comum de ingresso destas na rede interna de prostituição voltada para o turismo sexual das grandes capitais, além do sequestro e apropriação violenta dessas crianças e adolescentes.

3º) O tráfico internacional está organizado em redes, com pontos de concentração na Europa, que servem como centros de distribuição.

A idade média das vítimas é entre 19 e 25 anos, e, na maioria, tais vítimas sabem de antemão qual o seu trabalho na Europa (inclusive assinando contratos). O que, no entanto, desconhecem, são as condições perversas de trabalho, a retenção de seus passaportes pelos gerentes das casas de prostituição, a obrigatoriedade de uso/abuso de álcool e drogas, a escravização a que serão submetidas.

Os métodos são diversos, e até casamentos com europeus podem remeter a mulher à rede de prostituição.

Dar números exatos da prostituição e do tráfico de mulheres é impossível, pois tudo acontece fora da lei.

Todavia é possível, e absolutamente necessário, terem as autoridades, dentre estas incluído o Poder Judiciário, visão clara das dimensões desta tragédia, de modo a serem criadas e implementadas políticas públicas, inclusive parcerias público-privadas, no sentido de ser organizado um plano concreto contra o tráfico de seres humanos.

No âmbito do Poder Judiciário, passou a hora de contabilizarmos cursos de capacitação e introdução do problema. A Magistratura precisa deixar de ser tabeliã da história, passando a construir pautas objetivas para o enfrentamento concreto do problema, através da sensibilização de seus componentes, do custeio de espaços para o acolhimento das mulheres e crianças/adolescentes, com propostas e estratégias de recuperação e empregabilidade.

Compete ao Poder Judiciário, na atual conjuntura nacional/mundial, assumir seu papel de protagonista da execução das medidas necessárias à concretização das decisões através das quais presta a jurisdição.

Essa a eficiência buscada pela Constituição Federal.

PROSTITUIÇÃO E TRÁFICO DE MULHERES

ANDRÉA MACIEL PACHÁ

JUÍZA TITULAR DA 1ª. VARA DE FAMÍLIA DE PETRÓPOLIS

RESUMO

Este breve estudo tem por objetivo apresentar, discutir e pensar criticamente a inserção do tráfico de mulheres para exploração sexual, a política de enfrentamento ao tráfico de pessoas e a adesão do Brasil ao Protocolo de Palermo, bem como os limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário nos conflitos oriundos desta natureza. Com base na doutrina, legislação e experiência profissional e, tendo a autora participado, em 2009, de um encontro realizado na Suprema Corte do Paraguai, juntamente com magistrados daquele país, da Argentina e Uruguai; encontro esse que objetivava pensar políticas judiciárias para dar efetividade no combate ao tráfico de pessoas, pretende-se refletir se a criminalização dessa prática é suficiente para enfrentar a violência perpetrada contra mulheres ou se a expectativa dos países signatários do Protocolo é tão somente solucionar problemas advindos da globalização e dos cada vez mais frequentes ciclos migratórios. Ao final, apresenta-se proposta de uma formação mais adequada dos operadores do direito para contribuir, de forma efetiva, com tão complexo problema.

INTRODUÇÃO

Diversas formas de violência contra as mulheres podem ser destacadas como objeto de preocupação mundial: a violência doméstica, o desrespeito aos direitos sexuais e de reprodução, a prostituição de meninas, o desrespeito aos direitos das mulheres encarceradas e o tráfico internacional, especialmente para fins de exploração sexual.

O tráfico de pessoas, segundo dados estatísticos mais recentes¹, continua a ser um problema relacionado principalmente à degradação e à violência de direitos das mulheres, inobstante a existência de outros grupos vulneráveis como

¹ A pesquisa mais ampla sobre o assunto, realizada pelo Departamento de Drogas e Crime das Nações Unidas, revela que, entre 2003 e 2006, mulheres representaram uma média de 69,5% do total das vítimas identificadas do tráfico de pessoas, embora esses dados não sejam precisos pelas divergências metodológicas nos variados países.

crianças, transexuais, travestis e também de homens para o trabalho escravo.

Parece-nos indissociável o tratamento do tema do Tráfico de Pessoas da questão dos direitos humanos e da problemática da violência contra as mulheres.

O TRÁFICO DE PESSOAS

O tráfico de pessoas, um ilícito desconhecido pela sociedade, tem ganho visibilidade graças a recentes pesquisas desenvolvidas por organismos internacionais.

Em 2009, a ONU publicou relatório sobre o Tráfico de Pessoas, realizado pelo Departamento de Drogas e Crimes das Nações Unidas - UNODC², com dados de 155 países.

Segundo o Relatório do UNODC/ONU, entre 2003 e 2008, no tráfico de pessoas, há uma forte presença de mulheres, tanto como vítimas quanto na condição de agentes ativas do crime; a maior parte é de característica nacional ou regional, destacando-se a Europa como região de destino e a América como região de origem; o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual representa em torno de 79% do total de casos identificados pelos Estados³.

Esta modalidade de tráfico chega a movimentar 32 bilhões de dólares por ano e constitui-se em uma das atividades criminosas mais lucrativas no mundo.

O desvelamento do crime de tráfico de pessoas ainda encontra-se em estágio bastante inicial em muitos países da América Latina e, por conseguinte, no Brasil, o que não diminui a importância dos estudos realizados e, principalmente, a necessidade de aprimoramento dos mecanismos de informação para que se possa conhecer o alcance de tal crime e as políticas mais eficientes para o seu enfrentamento.

A TRANSNACIONALIDADE DO TRÁFICO DE PESSOAS

O tráfico de pessoas é um ilícito complexo e envolve temas de migrações, prostituição, trabalho, organizações criminosas, Justiça, saúde, turismo, educação e cultura.

² Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/global-report-on-trafficking-in-persons.html>> Acesso em: 25 jan. 2011.

³ *Global Report on Trafficking in Persons* 2009, p. 50

Os fenômenos migratórios estão intimamente ligados ao tráfico de mulheres, daí porque as políticas restritivas de migração incentivam essa conduta delitativa: uma vez impedidas de ingressar em outros países de maneira legal, pessoas em busca de melhores condições de vida e oportunidades de trabalho veem na imigração ilegal sua única alternativa de prosseguir no desejo de uma vida melhor, ficando, assim, mais vulneráveis à ação de traficantes de pessoas.

Além das políticas restritivas de migração, o fenômeno da globalização e a livre circulação de pessoas em busca de trabalho no exterior acabam por ampliar a atuação de traficantes de seres humanos, que enxergam nesse mercado uma fonte inesgotável de lucro, notadamente porque as vítimas de tal delito não se enxergam como vítimas; na maioria das vezes e, em algumas situações, se veem envolvidas na própria rede criminosa.

Trata-se, portanto, de um fenômeno que não se limita às fronteiras de um país, caracterizado, no mais das vezes, como ilícito transnacional. Desta forma, o tratamento do tráfico de pessoas demanda estratégias multilaterais, internacionais na base da cooperação em diversos sentidos, cooperação técnica, econômica, policial, jurídica e política. O desafio do combate às organizações criminosas e aos crimes transnacionais de tráfico de pessoas evidencia a necessidade de celebração de Acordos de cooperação internacional em matéria de direito penal.

O BRASIL E A AGENDA DO TRÁFICO DE PESSOAS

Os direitos humanos das mulheres podem ser sintetizados no direito a uma vida digna, igualitária e livre de violência, conforme se extrai dos principais documentos internacionais sobre a matéria. O Brasil é signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e esta Convenção⁴ reconhece o direito a uma vida igualitária, resguardando o gênero das violações decorrentes da discriminação entre sexos e da violência.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará⁵) proclama que “a violência

⁴“Mais conhecida como CEDAW (sua sigla em inglês), a carta magna dos Direitos da Mulher tirada nesta convenção, é de caráter bastante amplo. Ela trata da discriminação contra a mulher em todos os campos: saúde, trabalho, violência, poder. A Convenção foi aprovada pela ONU em 1979, ratificada pelo Brasil em 1984”. Informação disponível em: < http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sepm/legislacao/internacionais/ >. Acesso em: 09/04/09.

⁵ “Em termos regionais destaca-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA em 06 de junho de 1994, ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995

contra a mulher constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente à mulher o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades”, prescrevendo em seu artigo 1º que se deve entender por violência contra a mulher “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado”.

Esses documentos constituem-se em marco inicial na defesa dos direitos das mulheres à uma vida digna, igualitária e sem-violência.

É neste contexto de reconhecimento dos direitos das mulheres como direitos humanos que se deve compreender e interpretar o Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir e controlar o Tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças, complementar à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, editada pela Assembléia da ONU, em novembro de 2000 prevê medidas para investigação, prevenção, controle e combate ao crime organizado. Outros três tratados internacionais, complementares e integrados com esta Convenção, conhecidos por protocolos adicionais, assinados por 147 países na cidade de Palermo, e também adotados pela ONU, contemplam questões específicas e pontuais, dentre os quais o Protocolo para Prevenir, Reprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, especialmente de mulheres e crianças.

Encontramos no artigo 3º, do Protocolo de Palermo a definição do tráfico de pessoas:

[...] o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração.

Quase todos os países da América Latina e Caribe são signatários e já ratificaram o Protocolo de Palermo, que se refere ao tráfico de pessoas⁶.

e promulgada pelo Decreto 1.973, de 1º de outubro de 1996. Esta Convenção define a violência contra a mulher”. Informação disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sepm/legislacao/internacionais/>. Acesso em: 09/04/09.

6 As exceções são Cuba, Dominica, Santa Lúcia e Porto Rico, que não chegaram a assinar o Protocolo

No Brasil, o tráfico de pessoas é tratado como crime sexual e, portanto, excluídas da tipificação outras formas de tráfico. Na grande maioria dos demais países, a tipificação criminal do tráfico de pessoas encontra-se nos respectivos códigos penais, o que pode acabar dificultando o combate a este crime.

Há, no nosso país, três marcos fundamentais para a efetivação das políticas de enfrentamento do tráfico de pessoas: o primeiro em 2004, quando o país ratificou o Protocolo de Palermo; o segundo, em 2006, por meio do Decreto Presidencial 5.948, de 26 de outubro, com o lançamento da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas; e o último no final de 2007, ocasião em que foi apresentado o Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, fruto de um Grupo de Trabalho Interministerial que contou com a colaboração do Ministério Público Federal, do Ministério Público do Trabalho e da sociedade civil organizada. Registre-se que o Poder Judiciário não participou de nenhum desses projetos.

Neste contexto foram realizadas alterações no Código Penal Brasileiro, em cumprimento ao compromisso assumido pelo Estado quando da ratificação do Protocolo de Palermo. Em 2005, uma primeira modificação no referido código fez com que o crime de tráfico de mulheres fosse extinto para dar lugar a duas subdivisões, quais sejam: tráfico internacional de pessoas e tráfico interno de pessoas. Manteve-se, no entanto, a destinação do tráfico para fins de exercício da prostituição. Em 2008, nova alteração no texto legal foi realizada, passando-se a tipificar o tráfico com propósito de prostituição, mas também aquele voltado para quaisquer outras formas de exploração sexual, além de outras modificações que tornaram o texto mais adequado ao Protocolo de Palermo. Assim ficaram os dispositivos legais, *in verbis*:

Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimen-

referente ao tráfico de pessoas; Barbados, Haiti e São Vicente e Granadinas, embora signatários, ainda não o ratificaram. Fonte: UNODC. Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/countrylist-traffickingprotocol.html>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

to dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou
IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

[...]

Registre-se que a ênfase dada ao elemento facilitação do deslocamento de vítimas fez com que se deixasse de lado um elemento essencial na definição de tráfico de pessoas no Protocolo de Palermo: o não consentimento ou a presença de coação da vítima, fazendo deste último apenas circunstância agravante do crime.

O texto penal brasileiro claramente retira a importância desse elemento subjetivo em prol da ênfase ao elemento objetivo consistente na destinação da conduta para prostituição ou exploração sexual. Constitui essa alteração importante avanço legislativo para prevenir o tráfico de pessoas. A desconsideração do consentimento implica o reconhecimento implícito da situação de vulnerabilidade em que se encontram as vítimas do tráfico de pessoas.

Assim, a nosso ver, a legislação brasileira mostra-se mais avançada que o próprio Protocolo de Palermo, visto que este documento determina que o consentimento da vítima só é passível de desconsideração, caso seja utilizado algum dos meios previstos na alínea “a” do artigo 3º do Protocolo, ou seja, o consentimento da vítima é irrelevante apenas se formado mediante coação, fraude, abuso de poder, exploração da situação de vulnerabilidade da vítima, entre outros.

Se fosse obrigatória a produção de provas relativas a tais aspectos, enquanto elementares do tipo penal, tornar-se-ia mais difícil a efetiva condenação dos criminosos. Essa, aliás, é uma das conclusões a que se chegou no Seminário “Gênero no Tráfico de Pessoas”, promovido em agosto de 2008 pelo Núcleo de Estudos de Gênero da Universidade Estadual de Campinas, em conjunto com o Projeto de Combate ao Tráfico de Pessoas, do Escritório da Organização Internacional do Trabalho no Brasil⁷.

Em que pese a importância do tratamento penal dispensado ao tráfico de pessoas, esta alteração, por si só, não tem o condão de dar efetividade ao combate ao crime se não vier acompanhada de políticas públicas que, no Brasil foram materializadas no Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, realizado a partir da Política Nacional inaugurada pelo já referido decreto presidencial de 2006.⁸

Tal plano divide-se em três eixos, a saber: Prevenção ao Tráfico de Pessoas; Atenção às Vítimas; e Repressão ao Tráfico de Pessoas e responsabilização de seus atores.

Ocorre que, entre a adesão a um Protocolo, as alterações legislativas, a elaboração de um Plano de Prevenção e Combate e a efetividade das medidas, vai uma enorme distância e aqui, exige-se do Poder Judiciário uma atuação de protagonismo, como se verá a seguir.

A INVISIBILIDADE DO TRÁFICO DE MULHERES AOS OLHOS DA SOCIEDADE

Uma das grandes dificuldades no enfrentamento ao tráfico de mulheres tem sido a transformação desta pauta em um tema que envolva a sociedade, o que é compreensível. Registre-se que o nascimento desse tema como agenda dos Estados signatários do Protocolo de Palermo não surgiu de uma demanda das vítimas ou dos países que exportam pessoas para a rede criminosa.

A globalização, a crise econômica e os nem sempre desejados ciclos migratórios por parte daqueles países que deles não se beneficiam, fizeram emergir os graves problemas de violação dos direitos humanos daqueles, e, principalmente, daquelas que há décadas vinham sendo explorados como

⁷ Relatório do Seminário Gênero no Tráfico de Pessoas, promovido em 07 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/Seminario%20OIT-Unicamp%20Tráfico.pdf>> Acesso em: 30 jan. 2011.

⁸ Disponível em: <<http://www.unodc.org/pdf/brazil/publicacoes/PlanoNacionalTP.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2010

escravos nessa modalidade de tráfico que movimenta dezenas de bilhões de dólares por ano.

Se os interesses internacionais se limitassem ao enfrentamento dessas violações sofridas, principalmente por mulheres que são exploradas sexualmente, seguramente a sociedade participaria de um Plano que enfrentasse e combatesse tal modalidade delitiva.

No entanto, subjaz um interesse na limitação das migrações e na defesa de fronteiras; interesse esse que não é comum para todos os Estados signatários do Protocolo de Palermo. Assim, em alguns países onde se criminalizam a prostituição e a imigração ilegal, é comum que a vítima seja transformada em algoz, o que acaba por dificultar a criação de redes internacionais de colaboração no combate ao crime.

Alie-se a isso o fato de, na maioria das vezes, as vítimas não se reconhecem como tal e resistem à interferência estatal para o enfrentamento da nefasta prática.

Em profundo e sensível artigo “A dignidade do ser feminino: do retrato em preto e branco da violência doméstica à virada cultural emancipatória das mulheres por meio de ações jurídico-políticas afirmativas e promocionais de seus direitos humanos e fundamentais”⁹, defende-se a necessidade de resgate e de valorização do princípio feminino.

Na construção de relações sociais, que realizem a dignidade, a liberdade e a igualdade material, matizes de uma cultura humana pacífica, não se pode ignorar que mais da metade da humanidade - as mulheres, vive sob diferentes formas de violência causadas por uma cultura sexista, androcêntrica, de submissão, de desvalorização e de repressão do feminino, portanto.¹⁰

Sustenta-se, ali, a necessidade de práticas que contribuam para uma real emancipação feminina, com a promoção dos direitos humanos e fundamentais das mulheres.

⁹ MORAES, Germana e MARTINS, Martha Priscylla. A dignidade do ser feminino: do retrato em preto e branco da violência doméstica à virada cultural emancipatória das mulheres por meio de ações jurídico-políticas afirmativas e promocionais de seus direitos humanos e fundamentais, In: XVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2009, Maringá. Anais eletrônicos... Florianópolis: CONPEDI, 2010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/07_1397.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2011.

¹⁰ Id., *ibid*, p.23

O modelo patriarcal de desvalorização e de repressão do feminino tem sido responsável pelas diversas formas de violência perpetradas contra as mulheres, inclusive aquela sob a forma de tráfico de pessoas.

Apenas a mudança legislativa é insuficiente para provocar mudanças a menos que se altere a forma de enxergar o mundo e pensar a igualdade de gêneros.

“Alerta Göran Therborn (2006, p. 196) que a despeito das tremendas e marcantes mudanças, é pesada a carga de dominação paterna e marital trazida para o século XXI. “A longa noite patriarcal da humanidade” – assevera – “está chegando ao fim”. “Está alvorecendo, mas o sol é visível para uma minoria.”

A valorização do princípio da dignidade do ser feminino pode contribuir para reverter o desequilíbrio gerado pelo padrão androcêntrico de condutas, e construir, em consequência, uma via preventiva para a prática deste delito que envergonha a humanidade.

O JUDICIÁRIO NO ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE MULHERES

Tem sido um fenômeno comum a transferência para o Judiciário de políticas públicas. O nascimento de novos direitos, a ampliação do acesso à justiça, aliados à incapacidade do Estado na efetividade completa dos direitos constitucionalmente reconhecidos tem criado um cenário no qual o protagonismo judicial emerge e se impõe.

No tráfico de mulheres o fenômeno tende a se repetir. A ratificação do Protocolo de Palermo, a elaboração de um Plano de Enfrentamento sem a participação do Judiciário, as alterações sofridas pela legislação penal acabam por transferir ao Poder a responsabilidade pela efetividade das medidas de controle e prevenção.

Assim, é essencial, num primeiro momento, que esta pauta seja apresentada à magistratura, por meio das Escolas e que se possam estabelecer redes de cooperação judicial internacional sob a condução do Conselho Nacional de Justiça.

A violação da dignidade das mulheres importa violação dos direitos que dizem respeito a toda a humanidade, assim como a liberdade de ir e vir, a liberdade das escolhas, inclusive para o exercício da prostituição. A complexidade que envolve a prática do tráfico de mulheres para exploração sexual deve ser enfrentada com transparência a fim de que esse crime que envergonha a humanidade alcance toda a sociedade e não apenas aqueles que se preocupam com os rumos das suas fronteiras e preservação de seus mercados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTILHO, Ela Wiecko de – Tráfico de Pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo, IN Política Nacional de Enfrentamento ao tráfico de Pessoas – cartilha trilingüe, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, Brasília, 2007, p. 10.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. O tráfico de seres humanos como crime hediondo em sentido material. IN Tráfico de Pessoas, Coordenação de Laerte Marzagão Júnior, São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 173.

LEAL, Maria Lúcia e LEAL, Maria de Fátima. Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas: uma questão possível? IN Política Nacional de Enfrentamento ao tráfico de Pessoas – cartilha trilingüe, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, Brasília, 2007, p. 28.

MORAES, Germana e MARTINS, Martha Priscylla. **A dignidade do ser feminino**: do retrato em preto e branco da violência doméstica à virada cultural emancipatória das mulheres por meio de ações jurídico-políticas afirmativas e promocionais de seus direitos humanos e fundamentais, In: XVIII CONGRESSO NACIONAL DO

SOARES, Inês Virgínia Prado. Plataforma Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil. IN Tráfico de Pessoas, Coordenação de Laerte Marzagão Júnior, São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 145.

THERBORN, Göran. **Sexo e Poder**: a família no mundo - 1900-2000. São Paulo: Editora Contexto, 2006.

UNITED NATIONS. **Global Report on Trafficking in Persons**. New York: Department on Drugs and Crime, 2009. Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/global-report-on-trafficking-in-persons.html>>. Acesso em: 25 jan. 2011

UNIÕES HOMOAFETIVAS, MASCULIDADE E A LEI MARIA DA PENHA^{1 2}

SÉRGIO ALEXANDRE CAMARGO³

INTRODUÇÃO

Bom dia a todos! É uma imensa satisfação estarmos de novo aqui na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, onde componho a casa há oito anos. É um prazer retornar aqui agora tratando desta problemática que a jurisprudência brasileira vem enfrentando a algum tempo, que é a questão das relações homoafetivas, que se torna verdadeiro viés dos direitos humanos, que tem sido na Constituição Federal de 1988 (CF/88), um dos grandes desafios do Judiciário, e da filosofia jurídico brasileira.

Talvez de todos os princípios que regem a CF/88, encontra-se no artigo primeiro, como não poderia deixar de ser, o maior e mais valioso princípio constitucional, que é o princípio da dignidade da pessoa humana. Vamos ter a oportunidade de perpassar pela temática até alcançarmos a figura de Maquiavel, quando cria o Estado, essa construção jurídica, filosófico, não palpável, composto de três elementos, nesta ordem, povo, território e soberania. Desta forma, um povo que se conglomera numa determinada localidade, e ali exerce sua vontade, forma um Estado.

O que adianta a 'localidade' exercer vontade se não houver povo? Então, de uma forma visível o povo é a grande razão de ser do Estado. Mas de certa maneira, evoluímos para um momento econômico e social, não só na República Federativa do Brasil, mas nos Estados como um todo, em que muitas vezes parece que o Estado simplesmente é uma esfera metálica, em que o povo não está mais dentro da esfera, como parte integrante, mas pendurado do lado de fora, sofrendo toda a sorte de acontecimentos externos, sendo mera consequência da razão de ser do Estado. Então o importante é o quanto a Petrobras produz, é a arrecadação tributária, mas e o povo? Se observarmos a maior parte do orçamento de uma municipalidade, vai ser destinado, por exemplo para a

1 Palestra ministrada na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em 28 de agosto de 2012, no auditório Nelson Ribeiro Alves.

2 Este artigo foi adaptado a partir da integra da Palestra;

3 Este artigo é dedicado a Felipe L M, que convive comigo há 5 anos, desde 22 de junho de 2007.

Secretaria de Segurança Pública, enquanto que os professores, e eu aqui não precisaria dizer isso, por que é veiculado na mídia a todo momento, e de notório conhecimento popular, são os mais mal remunerados.

Então qual é ao real valor do Estado? Salvo outro juízo, se não for o povo, não tem razão de o próprio Estado existir. Então a figura humana, as relações homoafetivas, a dignidade da pessoa humana, são o maior valor que temos, e hoje vamos refletir um pouquinho sobre essa ideia.

MASCULINIDADE X HOMOAFETIVIDADE

Tive a grata satisfação de estar retornando ontem de Miconos⁴, na Grécia, e preparei a viagem para retornar exatamente para esta palestra. Fomos eu e meu companheiro que está comigo há cinco anos, e eu achei muito curioso vários locais em Miconos, ver a bandeira grega, e abaixo dela aquela tradicional bandeira do arco-íris, que representa a identidade homossexual, homoafetiva, e aí essa foto foi tirada exatamente no sábado, quando eu percebi, que deveria colocar a foto na minha transparência da palestra, para demonstrar a proximidade do Estado grego e da Cidadania. Quando é que o Estado brasileiro vai cultivar a relação homoafetiva com a tranquilidade que o povo grego?

Posso dizer que o povo grego é um povo bem masculinizado, como o italiano; a masculinização do povo grego é muito presente nas suas relações sociais, e não obstante, eles não têm o menor problema em encarar e conviver livremente com as relações homoafetivas. Quando eu comecei a lidar com esta temática em 2008 com a professora Maria Berenice dias através da OAB, tive um grande embate por ter assumido a minha orientação homossexual, e as pessoas começaram a me julgar por eu ser gay; não por eu ser mestre em direito, ou professor da EMERJ, já na época a seis anos, ou por ser Subsecretário de Administração Pública de São João de Meriti, não, mas pelo estigma da homossexualidade, e é isso que vamos enfrentar hoje aqui. Perceber do porquê chegarmos nesta estigmatização das relações homoafetivas, por que todo gay tem que apresentar um estereótipo.

Mas isso nem é uma crítica destrutiva. A sociedade humana sempre “necessitou do preconceito”. Já fomos preconceituosos face aos hebreus, fomos preconceituosos face aos judeus, aos negros, os homossexuais, as mulheres. Fomos preconceituosos perante as mulheres ontem, a menos de um século atrás. Ontem, há cem anos mulheres não votavam, não tinham capacidade, se fizessem uma besteira na rua quem respondia processualmente não era ela, mas

⁴ 27 de agosto de 2012.

seu marido. A mulher não exercia a divisão da família, a chefe da família, por esta razão há tempos o princípio da dignidade da pessoa humana voltou suas atenções para reconquistar a mulher na sociedade, e perfeito, esse deveria ter sido realmente o caminho, mas não obstante nós enclausuramos outras questões, dentre elas as relações homoafetivas, deixadas para segundo plano.

Isto porque passamos a nos preocupar demais com a opressão imposta às mulheres, pela maneira como o sexo feminino foi subjugado, não há cem anos apenas, mas há milênios, pois há mais de dois mil anos a mulher é subjugada na sociedade humana, e agora os gays são a bola da vez.

Recentemente houve um grande acontecimento para LGBTT em Itaquera, São Paulo, no dia 25 de agosto de 2012, celebrando o primeiro chamado casamento gay em São Paulo. Os noivos o professor Mario grego, de 46 anos de idade, e um técnico em enfermagem, agora chamado Gledson grego, estão juntos desde 2002, vivendo em união estável, e agora com base em acórdão que autoriza a conversão da união estável homoafetiva em casamento, conseguiram oficializar sua união em um cartório. O acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 6 de julho de 2012, autorizando o primeiro casamento gay da cidade de São Paulo.

Por que ainda ouvimos muitas pessoas de determinadas orientações religiosas dizerem: “casamento é coisa de Deus”? Muito antes do patriarcado se estabelecer, e o catolicismo pautar-se na noção de masculinidade, muito antes disso, já existia a noção de casamento. Esta não é uma questão apenas puramente religiosa, pode ser também uma questão religiosa, mas por exclusividade.

Não pretendemos impor ideias a ninguém, mas casamento não é coisa de Deus, casamento é coisa do homem, que criou a noção das uniões entre pessoas de sexo distinto, pessoas do mesmo sexo, e a questão religiosa acompanhou a ideia. Então hoje podemos nos dirigir um cartório, e oficializarmos nossa união, como também podemos ir a um templo religioso proceder da mesma maneira. Não necessariamente teremos de fazer apenas no religioso. Há um pouco dessa confusão na cabeça dos cidadãos, e trabalha-se com a ignorância da sociedade para tentar impor que Deus é contra o casamento de pessoas do mesmo sexo.

‘Coitado’ de Deus que deve ficar lá de cima olhando aqui para baixo, se perguntando: gente, mas quem são vocês? Quem é que nesse auditório tem a capacidade de compreender o designo dessa energia chamada divindade? Ninguém. Nós somos tão insignificantes que nós não conseguimos compreender por que os planetas circulam em torno do sol, porque que o universo está em movimento.

Copérnico disse que a Terra era o centro do universo, e quase foi queimado por rever sua opinião, por esta mesma orientação religiosa. Essa necessidade

do ser humano de ser o mais importante, de ser o centro de tudo, de se achar a espécie dominante do planeta Terra. Será que somos? Eu assisti a um dia desses um filme chamado ‘Contágio’, que trata de um vírus que aniquila dois terços da população mundial. Uma ficção científica altamente plausível, mas temos essa necessidade de superioridade, e a masculinização foi o início de tudo, a imposição do homem sobre a mulher.

Freud, certa vez, recebeu uma carta de uma mãe americana muito preocupada com a questão da orientação sexual de seu filho, à época com quinze anos de idade. Freud respondeu a ela usando um jargão hoje em dia já não muito aceito, utilizando a expressão ‘homossexualismo’, que já traduziu a noção de doença, e já avançamos para compreender que a homossexualidade não é uma doença da psique humana, mas apenas uma forma humana de a pessoa se orientar, e Freud disse àquela mãe que “o homossexualismo (a homossexualidade) não é um vício, nem degradação, e não pode ser classificado como doença”.

Só que essa noção das relações homoafetivas passa a ser resolvidas hoje por homens, criados pela masculinização patriarcal, por homens de uma cultura de chefia patriarcal, em que ele, e ele apenas exerce o *pater familias*; era o chefe da família, é o cabeça, e a mulher, que não obstante hoje ser Presidente da República em nosso país pela primeira vez, era considerada meramente figura reprodutora.

Quem já teve a oportunidade de assistir ao filme biografia de Margareth Thatcher, em *The Iron Lady*⁵, pode entender o que é ser uma mulher chefe de governo naquela década⁶, a força que aquela mulher necessitou para se manter como chefe do governo inglês durante onze anos e meio.

O que hoje a nossa Presidente da República consegue com tranquilidade, outras mulheres guerrearam diariamente para conseguir, para se destacar num mundo de homens. Hoje temos ainda a maior parte dos juízes homens, juízes homens que muitas vezes são bastante preconceituosos. Jonh Rawls⁷ assim ensinou:

“Os Juízes não podem, evidentemente, invocar as próprias noções pessoais de moralidade, tampouco os ideais e

5 A Dama de Ferro.

6 1980;

7 Apud. SANDEL, Michael J.. Justiça - o que é fazer a coisa certa. [Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011 p. 310;

virtudes da moralidade em geral. Estes devem ser considerados irrelevantes. Eles não podem, da mesma forma, invocar visões religiosas ou filosóficas, deles próprios ou de outras pessoas.”

Não obstante, um Desembargador do Estado de Goiás, dias após a decisão do Supremo Tribunal Federal, de 5 de maio de 2011, determinando por Ofício a todos os Cartórios de Goiás que não realizassem escrituras públicas de uniões homoafetivas, simplesmente por que ‘ele não queria’. Depois viemos, a saber, que ele era também, além de magistrado, chefe de uma determinada ‘igreja’, de uma determinada ‘orientação religiosa’.

O Ministro César Peluso do Supremo Tribunal Federal respondeu rapidamente a esse absurdo pelo Ofício 81/P-MC⁸, como também a Corregedora do Tribunal de Justiça daquele Estado⁹, que cassou a decisão daquele magistrado, tornando-a sem efeito. Sempre mulheres, a mulher é menos passível a corrupções financeiras; as mulheres são sempre mais independentes, e muito mais imparciais, e foi no rastro das mulheres que tantas outras minorias alcançaram direitos civis, como os homoafetivos.

Ano passado o Prefeito da Cidade do Rio de Janeiro criou a Coordenadoria Especial da diversidade Sexual (CEDS Rio), em seu Gabinete, e meu grande amigo Carlos Tufvesson foi nomeado Coordenador, em que fui seu Chefe de Gabinete por quase 2 anos, o que mostra uma importante mudança de paradigmas, com Políticas Públicas efetivas voltadas ao público LGBTT¹⁰. O Município do Rio de Janeiro concede benefícios previdenciários a pessoas em relações homoafetivas há 11 anos¹¹. Pode parecer um grande avanço, e certamente o é, mas quando

8 OFÍCIO 81/P-MC de maio de 2011 - STF. Senhor Presidente, Comunico à Vossa Excelência que o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária realizada em 5 de maio de 2011, por unanimidade, conheceu da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, como ação direta de inconstitucionalidade. Também por votação unânime julgou procedente a ação, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, para dar ao artigo 173 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradora entre pessoas do mesmo sexo, como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Atenciosamente, Ministro CÉZAR PELUSO/Presidente (9/5/2011).

9 Sempre uma mulher, por isso acho que o mundo agora tem que ser dominado pelas mulheres, é a hora delas, que venham outras presidentas da república.

10 Terminologia aceita pelo movimento social homoafetivo no Brasil que significa LÉSBICAS, GAYS, TRANSEXUAIS E TRANSEXUAIS.

11 Lei municipal n. 3.334 de 28 de dezembro de 2001.

contatei a RIOPREVIDENCIA, para obter informações de quantos homoafetivos estariam no gozo daqueles benefícios previdenciários, foi surpreendido por um número diminuto: 24 servidores apenas. Este número tão pequeno de beneficiários assustou, até por que ser dermos uma volta pelos andares do prédio da Prefeitura vamos notar um número muito maior de homossexuais atuando como servidores do Rio.

Este fato se dá pela manifestação da pior forma de homofobia, a internalizada. Não tem como sequer criticar destrutivamente, pois somos o fruto do patriarcado, então temos medo de expor a nossa orientação homoafetiva. Eu hoje conto com 41 anos de idade, e para chegar onde estou agora, poder de maneira livre e aberta falar sobre a minha orientação sexual, longos e tortuosos anos passaram-se. Pessoas que me julgaram única e exclusivamente por minha orientação sexual, esquecendo minha orientação profissional, minha orientação moral e política, minha orientação religiosa, passaram a pensar apenas no que eu fazia em quatro paredes, e nem é um espetáculo assim.

As pessoas imaginam demais, gostam demais de invadir a privacidade alheia. Num país em que uma revista de grande circulação nacional, propaga em sua capa a rixa entre duas personagens de telenovela, destacando a palavra VINGANÇA, como algo certo e desejável para as relações entre cidadãos, o preconceito, ser preconceituoso torna-se natural.

Determinado parlamentar do Congresso Brasileiro distribui propaganda aberta contra as pessoas de orientação homoafetivas, curiosamente ele também me representa como parlamentar, e deveria também estar defendendo meus interesses, mas a sua convicção pessoal contrário ao que John Halls dizia, está sendo levado a sua máxima. O que importa é o que ele acha, ele não é um parlamentar, ele está vestido de parlamentar apenas.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Segundo a professora Maria Berenice Dias o marco na Era Moderna na luta pelas relações, hoje denominadas homoafetivas, não é uma conquista meramente terminológica, ou de uma, ou duas, ou três décadas atrás. Veio dos guetos, muito sublimada. Mas houve um evento em New York, nos EUA, na década de sessenta, quando vigorava a lei seca nos EUA, onde era proibido vender bebida alcoólica nos bares num bar chamado *Stonewall Inn*, frequentado por pessoas de orientação homossexual.

A polícia de Nova Iorque invadia o *Stonewall Inn*, e sobre a escusa da venda de bebida alcoólica, violentava homossexuais e travestis que frequen-

tavam aquele estabelecimento. Só que na verdade não se vendia álcool ali. O que de fato ocorria através da representação funcional do Estado Americano, eram atos de violência contra a masculinidade homoafetiva. Esta violência deflagrou o que veio a ser conhecido como Levante de *Stonewall*, em que um número de transexuais se reuniu e enfrentou a polícia nova-iorquina. As invasões prosseguiram com a polícia aumentando seu contingente, mas um número cada vez maior de homoafetivos passou a se insurgir em face da força policial. Isto ocorreu em 28 de junho de 1969, quando por mais de uma semana a polícia ‘apanhou’ de pessoas de orientação homossexual nas ruas de Nova Iorque, sendo desta forma reconhecido mundo a fora como o início da luta por direitos civis da comunidade LGBTT na era moderna.

Hoje o que nós chamamos de Parada Gay ocorre, em regra¹², no dia 28 de junho de cada ano, como marco da luta por direitos humanos e civis, celebrando o levante de *Stonewall*. Infelizmente pela falta de acesso a cultura e educação que ainda assola nosso país, mesmo nos grandes centros urbanos, a Parada Gay tornou-se evento puramente festivo, em que homossexuais país a fora se dirigem às paradas para irem as festas que ocorrem no período. A cidade de São Paulo conta com a maior Parada Gay do mundo atualmente, tendo contado com a participação de cerca de 4 milhões de pessoas em 2012.

NORMATIVIDADE BRASILEIRA

A nossa Constituição Federal no Preâmbulo estabelece:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e **sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de **Deus**, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”. (Grifo nosso, não consta do original)

12 A cidade do Rio de Janeiro vem nos últimos anos celebrando a Parada Gay em Outubro de cada ano, sem haver qualquer correlação com algum evento na luta por direitos civis LGBTT, o que se dá, salvo outro juízo, grandemente pela estatização do movimento social Fluminense no Executivo do Estado do Rio de Janeiro.

Dizemos ser ‘sem preconceitos’, mas que inverdade! Somos altamente preconceituosos. Fomos e somos preconceituosos com as mulheres, somos preconceituosos com a raça negra, o que no Brasil é no mínimo grande contrassenso. Peço que aquele que aqui se considere branco da raça ariana, que levante o braço! Não, eu vou mais além. Se houver um branco da raça ariana na República Federativa do Brasil que levante o braço neste momento.

É muito provável que não haja. Somos todos mestiços, todos miscigenados, se formos olhar nossa árvore genealógica, haverá um negro, um índio, um mameluco em algum lugar. Os portugueses adoravam os negros, gostavam deles para o trabalho e para relações carnavais também. Não temos brancos da pretensa raça pura nórdica no Brasil, mas conseguimos ter a petulância de sermos preconceituosos face aos chamados negros. O preconceito infelizmente é da cultura brasileira. Sempre foi. Surgimos preconceituosos, e obviamente como Adam Smith dizia somos o resultado do meio social em que vivemos, e reproduzimos este comportamento sem perceber. Hoje falamos do *Bullying* Homofóbico¹³, do *Bullying* racial, então temos que tomar cuidado, e orientar nossos filhos, para que caso haja algum negro em suas relações de amizade, não chamá-lo de ‘todinho’, por ser preconceituoso. Só que na minha época isso era apenas uma brincadeira carinhosa, mas hoje nós temos uma visão de direitos humanos que devemos passar aos nossos filhos, para que não reproduzam essa noção preconceituosa, que tanto se arraigou no cotidiano das relações sociais brasileira.

Então essa é a grande luta da sociedade brasileira como um todo, e as mulheres são o grande escudo desta luta, pois tudo já começou por elas. Grande parte desta batalha já foi conquistada pelo sexo feminino, daí vamos nós homossexuais atrás da vanguarda feminina. Vamos nós mestiços, negros e índios atrás delas; portadores de necessidade especiais, todos ‘na onda’ dessa grande luta que as mulheres estão travando a mais de dois milênios na sociedade humana.

Porque as mulheres foram as mais marginalizadas de toda sociedade humana, e é atrás delas que as minorias tiveram forças para vencer e buscar um lugar, alguns dizem ao sol, eu prefiro dizer ‘à sombra’, enfim, um local de proteção.

O grande problema foi o patriarcado; até a Constituição Federal de 1967/69 o casamento era alicerce do Estado, era o alicerce da família, excluía todas as outras formas de família, que não a formada por homem e mulher, com fins de reprodução humana.

Evoluímos para o que denomino de ‘Pluridiversidade’, e a CF/88 trouxe

13 Portaria Municipal nº 01, de 18/05/2011, da Cidade do Rio de Janeiro.

uma noção de pluralidade familiar, na medida em que a visão ortodoxa do patriarcado, pautada na relação absoluta entre homem e mulher, para concepção de filhos, teve que ceder orgulhosamente a questões econômicas, de impactos mais práticos e evidentes em nossa sociedade.

Será que podemos dizer que a avó que cria o neto, porque o filho ou a filha que o gerou não tem condições financeiras de propiciar o sustento daquele menor, não vamos dizer que a avó e o neto são família? Não podemos dizer que duas irmãs que resolvem unir-se por afetividade, sem qualquer conotação sexual, por afetividade apenas, ou por questões financeiras, não são família? O sobrinho que passa a morar com a tia porque sua mãe faleceu, ele não é membro daquela família?

Então a noção de família teve de ser revista. Hoje ela é plural, não é mais homem, mulher, filho. É avó e neto; é o sobrinho que está na casa da tia; é a família unicelular, porque aquela pessoa que só possui um patrimônio imóvel, mesmo que esteja a dever todo mundo, a jurisprudência já entendeu, não haver possibilidade de constrição àquele imóvel, pois por ser único, será considerado bem de família. E da evolução deste raciocínio faz surgir à família Unicelular, de uma pessoa só, e a CF/88 elegeu a dignidade da pessoa humana, e a não discriminação, como um dos maiores princípios constitucionais brasileiros.

A CF/88 E SEU INUSITISMO, AVANÇOS E RETROCESSOS PERANTE A MASCULINDADE DA SOCIEDADE BRASILEIRA

A CF/88 tenta implementar um Estado Democrático de Direito, mas somos uma democracia? Não, não somos. Não deu tempo, pois desde o descobrimento do Brasil em 1500, até hoje 2012, 512 anos passaram-se, mas podemos sem medo de errar dizer que destes anos, pelo menos durante 450 anos experimentamos alguma forma de Estado unitário, em que o Estado Democrático de Direito nos foi negado.

Vivemos talvez uns 30 anos de alguma democracia, o que fica então claro observar que ainda não deu tempo, para a cultura social de nosso povo, assimilar e acostumar-se com um Estado Democrático de Direito. Quando será que vamos viver os efeitos deste Estado de Direito? Talvez daqui a um século. Então infelizmente a maioria de nós não irá assistir à consolidação da democracia. Dormimos dia 4 de outubro de 1988 sobre os efeitos da ditadura, e acordamos no dia 5 de outubro, uma democracia.

Podemos achar que é simplesmente tomar um Rivotril¹⁴, dormimos e acor-

¹⁴ Tradicional medicamento para auxiliar a dormir.

damos uma democracia. Não, não é assim. As mulheres não alcançaram o seu lugar ao sol no dia 4 ou 5 de outubro de 1988, apenas porque a CF/88 estabeleceu no artigo 5º, I, serem homens e mulheres iguais em direitos e obrigações; os negros não deixaram de ser discriminados da noite para o dia, e o são até hoje; as transexuais, as travestis, os homossexuais, toda essa carga de preconceito humano não se tornou mais valiosa à partir de ‘um único dia seguinte’.

Estamos às vésperas do 24º ano de aniversário da CF/88, e a luta pelas questões raciais, homoafetivas, de portadores de necessidade especiais, na segunda maior cidade do país, o Rio de Janeiro, perdura. Muitos lugares não têm acessibilidade, ou a sensibilidade de refletir sobre questões que dizem respeito às minorais, em tese, apenas. Por quê? Porque não deu tempo. O recurso público não é suficiente para todas as demandas sociais, e a carga tributária ainda que elevada, não se mostrou eficiente para de maneira isonômica restabelecer o equilíbrio social desejada pelos povos modernos.

A laicidade do Estado não foi alcançada. Observei em uma rede social de grande reconhecimento da sociedade¹⁵, uma foto da Chefa de Estado Britânica, a rainha Elisabeth II, cumprimentando nossa Presidente da República, Dilma Roussef, e abaixo da imagem escrito: presidenta aprenda lições de laicidade. O que seriam lições de laicidade? Entendo ser aquela em que as pessoas possam optar por sua orientação religiosa, de fato e não apenas de direito. É certo que até a Carta Constitucional de 1967 o Estado Brasileiro era Católico, não havia, nem de direito, e muito menos de fato laicidade.

Portanto não deu tempo para consolidarmos essa ideia, vivemos ainda a eficácia dos efeitos de uma determinação estatal no sentido de uma única orientação religiosa, e somos o maior país católico do planeta, demonstração de que ainda não deu tempo, não obstante ser frustrante para os mais jovens, que vivem a era da tecnologia, onde a informação circula com tanta velocidade e rapidez, no *Facebook*, *Instagram*, *Viber*, etc., tanta informação que as gerações mais antigas sequer conseguem acompanhar.

Estamos acostumados a enviar uma mensagem de texto de nossos celulares, e chegar poucos momentos depois ao seu destino. Na minha época não tinha *Facebook*, acreditem, não tinha celular, e creio que vivíamos melhores do que hoje. Será que a tecnologia nos aproximou ou nos distanciou? Eu tenho sempre feito essa pergunta, será que ela nos aproximou? Porque hoje em dia você entra no bate papo do sítio da internet UOL, e rapidamente pergunta-se qual a sua altura, qual o seu peso, qual isso ou qual aquilo, você vai ao encontro da pessoa, mantém conjunção carnal com ela, e no dia seguinte, se pergunta

¹⁵ Facebook.

qual era o nome dela mesmo?

De certa forma a tecnologia nos distanciou, e assim estamos em busca da consolidação desta nova sociedade, e a laicidade vai ser o tema que vamos ter que lidar de forma séria e concreta dentro em breve, para que a liberdade tecnológica seja uma realidade. Temos de nos preparar para viver as alegrias e as tristezas, de um real Estado Democrático de Direito, que não imponha aos seus cidadãos uma determinada orientação religiosa.

Mas nem tudo foi retrocesso. Hoje o casamento não é mais indissolúvel, e coitada das mulheres divorciadas da década de 50. Eu me lembro daquele seriado televisivo, ‘Anos Dourados’, em que uma personagem era divorciada, e por isso vivia ela e seu filho à margem da sociedade, apenas por que ela não quis se enterrar numa relação que não havia mais afetividade.

Esta é uma questão muito curiosa das relações heteroafetivas. O homem, e hoje em dia por que não dizer a mulher também, pode trair desde que o outro não saiba. Máxima do jargão popular ‘o que os olhos não veem o coração não sente’.

Há determinadas culturas árabes, que o homem até pode ter relações sexuais com outro homem, desde que seja casado e tenha filhos. Curioso. Propagação da espécie, propagação daquela cultura humana, e a consolidação do afastamento da felicidade individual. Ano retrasado assisti a um Congresso do IBDFAM¹⁶ e a professora Berenice iniciou sua palestra de uma forma muito curiosa, relatando ter consultado o *Google*, e ao pesquisar a palavra ‘felicidade’, encontrou milhares de sítios na internet com significado para ela. Copiando a ideia, observo em minha pesquisa que existem 49.300.000¹⁷ de resultados para a palavra ‘felicidade’, então creio que possamos dizer com certeza, que o maior objetivo humano é o de ser feliz.

Então se alguém se sentir feliz mantendo uma relação heteroafetiva, masculinamente aceita pelo patriarcado, em que às escondidas vai buscar prazer em uma relação culposa homossexual; se uma vida às escondidas, em que se coloca a outra parte no isolamento e escuridão afetivas, tornado aquele que em uma cerimônia religiosa, prometeu ‘perante Deus’ fazer o companheiro feliz, e na verdade só contribui para a infelicidade do parceiro mantendo relações com pessoas do mesmo sexo nos ‘guetos’, devemos repensar o quanto vale a masculinização de nossa sociedade, para que aqueles milhares de significados da palavra felicidade, seja de fato real.

16 Instituto Brasileiro de Direito de Família.

17 Consulta feita no dia 22 de setembro de 2012.

FEMINILIDADE E HOMOAFETIVIDADE

Nem todo homossexual é efeminado. Nem todos. Percebamos que curioso a palavra utilizada para denegrir aqueles que sustentam sua orientação homossexual: efeminado. Como se o ser feminino fosse uma característica negativa, a estigmatização do feminino. É ruim ser feminino? Eu adoro as mulheres, só não tenho orientação sexual no sentido delas, mas eu não acho correto esta denominação, pois advém do longo período de submissão da mulher, e hoje transportada aos homossexuais guarda toda carga de discriminação vivenciada pelo gênero feminino.

Não há nada de errado em ser fêmea, em ser feminino, é um atributo do ser humano. A virgindade não é mais um pré-requisito para o casamento e as mulheres têm que sair sim, ir ao barzinho namorar sim, têm mesmo! Chega dessa hipocrisia de que só o homem pode manter conjunção carnal antes do casamento. Tem de ser uma opção da mulher, ou não em ter experiências sexuais antes de casarem-se. Esta é a tradução de um Estado democrático de direito, haver a opção de ser, e não ser se não quiser, o que não se sustenta mais, é olharmos para a masculinidade, e dizer que o homem pode ter tido trinta mulheres antes do casamento, e esperar que a companheira, a esposa dele não tenha tido ninguém, por quê? Afinal, “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, não é este o primeiro direito fundamental da dignidade humana na CF/88?

Homens já ingressam na via judicial questionando o direito a pensão de suas ex-esposas/companheiras. Não queriam igualdade? Olha ela aí. Igualdade é igualdade.

A concubina passou a ter direitos; a família do patriarcado não prevalece mais; o direito passa a existir para a vida, e não a vida para o direito. Não obstante ainda se observa em alguns tribunais país a fora, que a vida perde para o direito, o ser humano perde para o Estado, não é a sua razão de ser como havíamos estabelecido anteriormente. Mas a lei, o Estado, não vão me impedir de amar meu Companheiro; ninguém, nem mesmo o Estado conseguirá regular, limitar, ou impedir o afeto. A lei deve conduzir a sociedade, e não obrigá-la a ter determinada orientação.

A FAMÍLIA NA CF/88 E DIREITOS, AVANÇOS E RETROCESSOS

Grande problema reside até hoje na questão interpretativa do artigo 226 da CF/88, vejamos:

“Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, **é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.” (Grifo nosso, não consta do original)

Infeliz menção do Constituinte Originário ao tratar do reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar, deixando a impressão de forma taxativa, de que não comportaria qualquer outra interpretação, o que de certo não pode prevalecer. Excluir relações entre pessoas do mesmo sexo, por interpretação taxativa de que só o homem e mulher estariam em consonância com a regra constitucional, beira a crueldade humana.

O legislador poderia ter sido mais técnico, mas a grande questão é se ele necessita sê-lo. Quando estava no Mestrado tive a oportunidade de ler o professor Habermas¹⁸, que certamente todos aqui conhecem, e creio ter sido em sua obra propagada a ideia de que ‘a democracia de um país, se mede pela quantidade de pessoas não técnicas nos altos escalões de governo’. Esta noção levou-me a uma imediata reflexão de que então ser um país democrático não seria ter tido um presidente da república com cinco graduações, três línguas estrangeiras, contatos diplomáticos; ser uma democracia seria ter tido um presidente da república, sem formação superior, sem conhecimento da língua estrangeira, e na verdade sem domínio acurado do vernáculo da língua portuguesa.

Mas creio que o professor Habermas esteja correto. Democracia, dentre outras noções, é ter um chefe de governo por opção pessoal da população, sem ser necessariamente uma escolha técnica, e como dizia um congressista brasileiro ‘vote em mim, porque pior do que está, não fica’.

A Impessoalidade é um princípio constitucional previsto no título terceiro da CF/88, quando o constituinte originário organizou o Estado, e no capítulo sétimo tratou da administração pública, menção que certamente inclui a direta e a descentralizada, e na seção primeira observou o princípio da impessoalidade.

18 Jürgen Habermas .

Princípio lá destinado à administração pública, e não ao Cidadão, que pode agir de maneira pessoal nas suas escolhas eletivas de representação popular.

Então o ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva foi eleito não pela sua formação técnica, mas pelas suas características pessoais; aonde eu quero chegar, é que o legislador não tem que ser técnico, e não foi, tanto é que previu homem e mulher no artigo 226 da CF/88, parecendo excluir o gênero masculino com o masculino, e feminino com o feminino, e será então que eu e o meu companheiro não somos uma família?

Eu não sou família com ele, só que quem cuida de mim quando eu estou doente, é ele; quando eu estou com problema, eu vou chorar no ombro dele, mas eu não sou família por que a Constituição no artigo 226, parágrafo 3º, estabeleceu que família se dá apenas entre homem e mulher. A não ser que eu me vista de mulher, então é isso?

Retornemos ao conceito da Berenice, de polifamília, em que há novas noções de família, e é claro que a interpretação literal da Constituição nos leva equivocadamente a entender que a família é apenas homem e mulher, não é não. Eu residi por muitos anos numa vila de casas em Botafogo¹⁹ minhas vizinhas da casinha debaixo eram duas senhorinhas irmãs, que moravam juntas há trinta anos, já idosas, eram costureiras, consertavam meus ternos, elas não traduzem a mais perfeita noção de família? Elas reuniam esforço afetivo, e também o financeiro, reuniam o esforço familiar em sua convivência, se cuidavam, se amavam.

De certo que a interpretação de determinadas orientações religiosas de que entidade familiar ocorreria apenas entre homem e mulher, coloca à margem grande parcela da sociedade brasileira; o que é um grande equívoco.

Foi noticiado certa vez, que 37 direitos eram negados aos homossexuais:²⁰

1. Não podem **casar**;
2. Não têm reconhecida a **união estável**;
3. Não adotam **sobrenome** do parceiro;
4. Não podem **somar renda** para aprovar financiamentos;
5. Não somam renda para alugar **imóvel**;

¹⁹ Bairro da Zona Sul da Cidade do Rio de Janeiro.

²⁰ Revista SUPERINTERESSANTE, Jornalista Sérgio Gwercman/2004.

6. Não inscrevem parceiro como **dependente** de servidor público;
7. Não podem incluir parceiros como dependentes no **plano de saúde**, etc.;

Algum tempo depois, em convívio com um colega da prefeitura, que é atualmente o Assessor Jurídico da CEDS Rio, meu grande amigo Carlos Alexandre Neves Lima, que tem um *site* brilhante, um *blog* chamado de ‘Direitos Fundamentais LGBT’²¹, identificou que, de fato, seriam 112 direitos eram negados à sociedade homoafetiva, e não apenas trinta e sete. A título de exemplo:

110. Não têm direito a eximir-se de atuar como **testemunha** em processo militar, ainda que seja ex-companheiro (Artigo 354 do Código de Processo Penal Militar);

111. Não têm direito a pedir **revisão criminal militar pelo companheiro**, caso este venha falecer (Artigo 553 do Código de Processo Penal Militar);

112. Não têm direito a pedir o livramento condicional do companheiro militar sentenciado (Artigo 619 do Código de Processo Penal Militar).

Durante muito tempo os homossexuais do nosso país tiveram mais de uma centena de direitos civis negados à sua dignidade humana. Conquistas houve, mas o que melhorou, e o que mudou?

Em 2000 foi interposta uma Ação Civil Pública²² (ACP), no Rio Grande do Sul, curiosamente neste Estado da Federação onde há presença severa da masculinização, face ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), Autarquia Previdenciária da União Federal, por não pagarem benefícios a pessoas em relações homoafetivas. Uma juíza de muito pulso, de Porto Alegre, concedeu uma liminar, que obrigou o INSS a pagar benefícios a dependes previdenciários em relações homoafetivas, produzindo efeitos até 2009.

Esta ACP resultou na Instrução Normativa (IN) n. 25 que regulou até 2009 o dever da autarquia pagar benefícios previdenciários a homoafetivos. Podemos considerar este como grande marco inicial em nosso país, com a edição da IN 25, do impulso a luta por direitos civis da dignidade humana para LGBTT no Brasil.

Mais recentemente uma questão muito curiosa que enfrentamos em 2010 envolvendo a OAB RJ²³, por uma facilidade para inclusão de companheiros e

21 <http://carlosalexlima.blogspot.com.br/>.

22 Ação Civil Pública n. 2000.71.00.009347-0

23 Presido a Comissão de Direitos Humanos da OAB Barra da Tijuca, no Rio de Janeiro (57ª Subseção)

companheiras dependentes, em planos de saúde ligados à Ordem, em parceria a uma instituição privada. Requisitei a um representante da empresa fosse ao Escritório para eu incluir meu companheiro, fornecendo toda documentação que me fora exigida, e dias após qual não foi minha surpresa quando do retorno da empresa de saúde informando não reconhecer a união entre dois homens como estável, e de dependência²⁴ para fins de inclusão em plano de saúde. Total indignação por se tratar de empresa ligada à Ordem, e eu pertencer à mesma como conselheiro, presidindo uma Comissão de Direitos Humanos, e de maneira orgulhosa estar podendo exercer minha Cidadania através da OAB. Após diversos contatos com colegas de escalão mais elevado, nada se sucedeu, gerando demanda judicial por danos morais em face da referida empresa de saúde, no final de abril de 2010.

Pasmem, porque no dia 4 de maio de 2011, dias após o ingresso da referida demanda, a Agência Nacional de Saúde editou a Súmula Normativa n. 1225, que determina aos planos privados de saúde complementar considerar como companheiro beneficiário de plano de saúde privado, pessoa do mesmo sexo.

Certamente um avanço administrativo em direção à dignidade humana LGBTT, neste ano de 2010 que, por claro, representou ano de muito avanço para a cidadania do gay brasileiro.

A Fazenda Federal também contribuiu ao permitir que companheiros em relação homoafetiva estável apresentassem conjuntamente sua declaração de Imposto de Renda²⁶, gerando benefícios para fins de aquisição patrimonial, de bens móveis e imóveis, como qualquer casal heteroafetivo, que podem conjugar capacidade financeira para uma conquista patrimonial, o que a nós homoafetivos não era possível.

Houve notícias tempos após, de que certa bancada religiosa parlamentar do Congresso Nacional teria realizado estudo do impacto da decisão administrativa na arrecadação da União Federal, numa tentativa de controlar o mérito administrativo daquela decisão, sob o manto claro e evidente do preconceito e da intolerância.

Certamente o Poder Legislativo é a sede mais atrasada no avanço dos direitos humanos, para homoafetivos. O Judiciário vem sendo firme tábua de sal-

²⁴ E ainda que não tenha sido dito, mas pareceu-me e duradoura, digna de ser reconhecida como família'.

²⁵ Súmula Normativa n. 12 (4/5/2010) Agência Nacional de Saúde (ANS).

²⁶ Novas regras do Imposto de Renda pelo Parecer PGFN/CAT/ nº 1503/2010, de 19 de julho de 2010, Fazenda Nacional.

vação neste país para homossexuais, que pretendem exercer abertamente sua cidadania. Como vimos grandes avanços iniciaram-se no Judiciário gaúcho.

A LEI 2.475/1996 DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO E A CIDADE MARAVILHOSA

O Município do Rio de Janeiro editou a Lei 2.475/1996, regulamentada em 2008²⁷, punindo estabelecimentos comerciais ou repartições públicas que discriminem pessoas em virtude de sua orientação sexual. Sendo desde 2011 levada a efeito pela Coordenadoria Especial da Diversidade Sexual²⁸.

Sabemos que municipalidade não tem competência legiferante para criar tipo penal, assim a norma não trata do Crime de Homofobia, de competência do Congresso Nacional, mas cria infração administrativa por discriminação por orientação sexual.

Assim, se um casal homoafetivo, de gênero feminino ou masculino, está num barzinho expressando afetividade natural da relação de amor, não poderá ser impedido desta demonstração. Ressalte-se que não está se tentando defender libidinagem, pois da mesma forma que não é adequado ver um casal heteroafetivo em atos sexuais libidinosos em vias públicas, por certo será inadequado um casal homoafetivo com esse comportamento. O que se pretende é o exercício de direitos civis, de Cidadania, de Isonomia para pessoas do mesmo gênero, ou distintos. Mas de certo que se um casal heteroafetivo pode demonstrar afeto em público, deverá exercer o mesmo direito cidadão, o casal homoafetivo.

Oportuno salientar que muitas pessoas de moral ilibada, que são consideradas simpatizantes aos LGBTT, expressam seu desconforto ao participarem de Paradas pelo Movimento Gay, não apenas no Rio de Janeiro, e se deparam com demonstrações exageradas de carinho, que transcendem a afetividade e adentram a libidinagem. A razão de fundo da Parada gay, quer seja em comemoração ao Levante de *Stonewall*, ou por razões sociais de nossa população, deveria ser um ato cívico também, em que a comemoração pelo orgulho de ser homossexual não transcendesse à moral privada, comum e aceita, demonstrando a coletividade como um todo que ser homossexual também é ser normal. Infelizmente algumas lideranças do movimento social, propagam a ideia de

²⁷ Regulamentada pelo Decreto 33.033/2008.

²⁸ CEDS Rio.

que esta postura seria de fato uma forma de ‘higienização’²⁹ da cultura LGBTT, o que por certo discordamos.

A CEDS Rio realizou diversas capacitações em órgãos públicos, e estabelecimentos privados acerca de cidadania e direitos humanos, com enfoque LGBTT. É comum o casal homoafetivo dando um beijinho, um abraço, serem repreendidos por olhares de outro casal heteroafetivo em bares, restaurantes, ou repartições públicas, que chegam a chamar o garçom, ou gerente, o chefe, para informar de seu descontentamento por aquela ‘pouca vergonha, exigindo ‘providências’. Beijo é apenas uma demonstração de afeto, apenas isso.

Recurso, Humano, de bares e restaurantes cariocas deparam-se com situações desconfortáveis entre seus clientes, e as Capacitações prestam-se a ensinar que não se pode colocar um casal gay para fora do estabelecimento comercial, por demonstrações de afeto, e sim informar ao casal ‘indignado’ que aquela manifestação personalíssima da dignidade da pessoa humana é protegida por lei municipal, que cria infração administrativa àqueles que desrespeitem o exercício daquele direito, com penalidades ao estabelecimento, desde advertências e multas, até cassação do alvará para comerciar, pela discriminação.

Infelizmente poucas pessoas sabem disso, e situações de preconceito perduram, quando casais homoafetivos se dirigem a motéis por exemplo, para manterem atos sexuais com seu companheiro ou companheira do mesmo sexo, e lhes é cobrado o valor por dois quartos, porque financeiramente é mais vantajoso. O preconceito alcança hoje um novo patamar, o da atividade financeira, com fim lucrativo.

Então se duas mulheres se dirigem a um motel para terem relações sexuais, o atendente é orientado a cobrar valor por dois quartos. De certo que não está correto, até por que os dois homens se utilizarão apenas de um quarto, e não estão esperando suas ‘namoradas’ chegar, mas pretendem exercer sua cidadania LGBTT.

A lei é boa e traz definições, ainda que não seja função do legislador, por caber aos juristas, facilita em muito a compreensão do alcance da norma. Vejamos a título de exemplo definições da Lei 2.475/96:

- Orientação sexual³⁰ como o direito do indivíduo a relacio-

29 Expressão cunhada com fim de traduzir a limpeza de um grupo social de minoria, que incomoda aos demais.

30 Fazendo um parêntese, porque muitas pessoas acham que é politicamente correto dizer ‘opção sexual’, só uma pequena correção: o vernáculo opção ele dá alternativa às pessoas de uma denominada orientação profissional, política, religiosa que arraigam aquele conceito para si e o entendem como ver-

nar-se afetivamente, sexualmente com qualquer pessoa, independentemente do seu sexo;

- Discriminação por orientação sexual **toda e qualquer ação ou omissão que, motivada pela orientação sexual do indivíduo, lhe cause constrangimento e/ou o exponha a situação vexatória**, ... em especial por meio das seguintes condutas:

a) **inibir** ou proibir a manifestação pública de carinho, afeto, emoção ou sentimento;

Tempos atrás, talvez haja uns quatro anos, se me perguntassem, se eu pudesse renascer, se eu voltaria homossexual ou heterossexual, eu diria que preferiria ser heterossexual. Mas hoje eu sou tão tranquilo com a minha orientação sexual, que se tivesse que retornar a este mundo, eu voltaria homossexual novamente, por quê? Porque eu já consegui entender que a orientação sexual do indivíduo é apenas uma parte de sua pessoa humana, não é o todo, não define por si só a pessoa. Ninguém é definido apenas pela sua orientação profissional, ou política ou religiosa, ou sexual; ela não é uma parte exclusiva do todo, mas eu tive de avançar mentalmente, saindo dessa homofobia internalizada que eu fui obrigado a tolerar pelo conceito patriarcal, tendo estudado em colégio Católico³¹ por longo período, tendo morado na Austrália através de intercâmbio em 1988, estudando novamente em colégio católico³², não tinha como não ser o resultado jovem da cultura do patriarcado brasileiro, o que de fato retardou em muito minha aceitação pessoal acerca de minha própria orientação sexual.

Sair do armário, como se diz hoje em dia, é o primeiro grande passo do Cidadão homossexual; o que nem sempre é fácil, mais fácil àquelas pessoas que tiveram nos seus pais, na família, um seio apropriado para sair do armário mais cedo, e viver plenamente sua orientação sexual e de gênero.

Como é curioso o caso da queima da bandeira Norte Americana, que há décadas atrás foi discutido nos Estados Unidos da América (EUA), ou a Marcha da Maconha que discutimos esse ano³³; a liberdade individual personalíssima do ser humano não sendo propagação da ideia, ou incentivo ao uso do tóxico, po-

dadeiro, não tem opção, então não é opção, é orientação sexual.

³¹ Colégio Marista São José, Rio de Janeiro.

³² St. Paul's College, Manly, Sydney, Australia.

³³ Também no Rio de Janeiro em 2012.

der expressar seu pensamento livremente. Poder ir à rua defender um conceito pessoal, queimar a bandeira, a ideia é a mesma, só que infelizmente estamos fazendo isso num novo milênio enquanto outras sociedades, outras culturas, já desenvolveram noção mais avançada há séculos atrás, o que demonstra claramente nosso atraso social. A título de reflexão apenas, a Argentina e o Uruguai na América do Sul, já reconheceram o casamento entre pessoas do mesmo sexo de 2010 para cá.

AVANÇOS NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO

Outro avanço está previsto no regime previdenciário do Município do Rio de Janeiro³⁴, que em seu artigo 2º, parágrafo 2º, assim estabelece:

Artigo 2º. São segurados do regime próprio de previdência do Município do Rio de Janeiro

...

§2º. Consideram-se igualmente dependente para efeito do disposto nesta Lei, a pessoa **que mantenha união estável com outra pessoa do mesmo sexo ...**

Atentemos apenas para a curiosidade de termos mais de 7.200 servidores no Rio, e apenas 24 se valerem do benefício. Parece-me clara a questão da homofobia internalizada.

Outras normas importantes do Rio de Janeiro como a que determina a obrigatoriedade do aviso em postos de atendimento da lei de discriminação³⁵, da 2.475/96.

O nome social das travestis³⁶ também produziu efeitos muito positivos a transexuais, e travestis, que traduzem uma parcela relevante da comunidade LGBTT, e podem exercer o direito de serem identificadas pela denominação que queiram, como indivíduos que são, seres humanos, belíssimos e brilhantes que nasceram no gênero masculino, mas não se identificam com aquele gênero.

Sua orientação de gênero é feminina, como são chamadas as travestis, de forma distinta as transexuais que fazem a operação para mudança do gênero.

34 Lei n. 3.334 de 28 de dezembro de 2001, que Disciplina o Regime Próprio de Previdência e Assistência dos Servidores Públicos do Município do Rio de Janeiro.

35 Decreto Municipal nº 33.815, de 18/05/ 2011 - Obrigatoriedade do Aviso nos Postos de Atendimento da Lei de Discriminação;

36 Decreto Municipal nº 33.816, de 18/05/2011 - Nome Social das Travestis e Transexuais.

Grande constrangimento é gerado pela previsão da denominação masculina na carteira de identidade, certidão de nascimento, onde conste, por exemplo, Marcelo José da Costa, e no momento de ser atendida/o no posto público de saúde, o servidor chama por Marcelo, mas a pessoa de orientação de gênero feminino chamada, que se autoidentifica por Marcela, e não Marcelo, se sente humilhada, porque a estão chamando pela denominação masculina, e ela não se identifica pela orientação masculina. Ela não vai se apresentar para o atendimento. Então eu sempre falo para os meus alunos, que se quiserem ser preconceituosos, ‘não há problemas’, pois vão pagar caro por isso.

Isto se dá, pois se o transexual e/ou travesti buscam tratamento ambulatorial, e não podem exercer seu direito pelo constrangimento imposto, não sendo chamado pela denominação feminina, não se trata, fica doente, e retorna para o hospital numa situação mais grave, desta vez para se internar, e quem é que está pagando por isso? A nossa carga tributária.

Se der ‘lampadada’ em homossexual, como ocorreu na Avenida Paulista em São Paulo, há pouco tempo atrás, estiver de acordo com o código de conduta aceito pela sociedade, o que de certo não está, vamos despendar recurso público ao remunerar a Polícia Civil para fazer investigação policial, que é simplesmente um dos procedimentos administrativos mais custosos para administração pública; teremos um delegado de Polícia Civil, um agente de Polícia Civil envolvido, além do atendimento hospitalar ao homossexual agredido. Então sejamos preconceituosos! Vamos pagar por isso! Você quer ser preconceituoso? Continue, porque quem está pagando por isso somos todos nós.

É comum nas escolas municipais, estaduais e federais, que muitas pessoas de orientação de gênero, travestis e transexuais, por preconceito deixem de frequentar as aulas desde cedo, porque não aguentam serem discriminadas pelos seus ‘amiguinhos’ da escola e professores que se eximem, achando que não são responsáveis por isso.

Se permitirmos que crianças sejam bulinadas³⁷, se permitirmos e incentivarmos que nossos filhos discriminem um amiguinho na escola, ‘não tem problema não’, permitamos, pois a travesti vai sair da escola, e não aprende um labor; não aprendendo um labor, não contribui para a carga tributária, não contribui para a carga trabalhista, e não contribui para a carga previdenciária do país, e assim nos tornamos escravos de supostas políticas públicas, como o bolsa-família, que nada mais é do que a perpetuação da pessoa na ignorância.

Política Pública é todo meio que leva a um fim, não é um investimento financeiro eterno num indivíduo, não é dar o peixe, é dar a vara para o indivíduo

³⁷ Expressão que se refere ao Bullying.

aprender a pescar; mas se quisermos manter as pessoas na marginalidade, façamos isso, e desta forma o governo terá de implementar políticas públicas para retirar aquela pessoa da marginalidade, e trazê-la de volta para o meio social produtivo, para que possa vir a contribuir com a carga previdenciária, tributária e trabalhista, incrementando o desenvolvimento de nosso país. Enquanto fazemos isso, despendemos gastos pelo preconceito, outras áreas sensíveis da sociedade deixam de receber recurso, ou obstruímos o avanço da nação.

O preconceito custa caro para a sociedade humana.

A LEI MARIA DA PENHA, A OMISSÃO LEGISLATIVA E O JUDICIÁRIO

A Lei Maria da Penha nos traz lembrança de um grande colega de graduação, hoje Delegado da Polícia Civil do Rio de Janeiro, ao me ligar certa vez, pedindo auxílio, quando dois homossexuais, aos berros e tapas, adentram sua Delegacia, e após narrarem sua briga conjugal, exigem que ele aplique a Lei Maria da Penha à questão.

Meu colega, estarecido, entendia que a lei deveria ser aplicada apenas, aos casos de violência doméstica, quando o homem agride a mulher. Porém o parágrafo único do artigo 5º assim estabelece:

Artigo 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:

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (Grifo nosso, não consta do original)

A descrição é de que as relações pessoais naquele artigo não dependem da orientação sexual, e ainda que a norma tenha sido criada por violência doméstica conjugal entre homem e mulher, motivada pelo massacre que a mulher sofreu dentro da relação conjugal. O próprio legislador deu uma amplitude muito maior às relações familiares pelo dispositivo, alcançando as entidades reais de convívio afetivo, e como aqueles dois rapazes que se ‘engalfinharam’ na frente dele eram companheiros há três anos e residiam dentro da mesma casa, dúvidas não há quanto à aplicação da Lei Maria da Penha, por se tratar

de uma relação familiar³⁸.

Toda construção jurídica foi feita há muito custo, e como a IN 25 do INSS, a Lei Maria da Penha, a lei 2475 do município do rio de janeiro, não há lei ligada aos homoafetivos diretamente originada do Congresso Nacional. Trata-se de uma construção delicada e singela que tivemos de fazer principalmente ao longo das duas últimas décadas, permitindo que possamos estar aqui hoje no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tratando de tão delicado tema, expondo com tanta tranquilidade minha orientação sexual.

Para que isso seja viável hoje, pessoas tomaram ‘lampadada’ no meio da rua, Alexandre Ivo(’s)³⁹ foram mortos violentamente em São Gonçalo em 2010. Um menino de 14 anos de idade que foi comemorar o seu aniversário de 15 anos, e a mãe fica sabendo da sua morte por uma foto de jornal, em que o menino era enforcado com a própria camisa. Pelo que se sabe, ele e alguns amiguinhos, entre 14 e 15 anos de idade, o que salvo outro juízo, pelo menos em regra, é difícil definir a orientação sexual da pessoa, por ser muito novinho, foram agredidos por jovens entre 17 e 19 anos, que os identificaram como homossexuais, e viram aqueles meninos mais efeminados e se acharam no direito de agredi-los, e um dos últimos atos de crueldade que fizeram com esse rapaz foi projetar um cabo de vassoura pelo seu ânus, que veio a sair pela sua boca, e ainda enforcaram-no com a sua própria camisa. Um menino de 15 anos, mas ‘não tem problema’, ‘podemos fazer isso’, e pagamos por isso, por que o chefe do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, e diversas pessoas do movimento social⁴⁰, se reuniram para exigir Justiça, gastando recurso público valioso.

Queremos ser preconceituosos? Continuemos, porque somos nós que pagamos ao chefe do *Parquet*, e esse é o preço que a sociedade brasileira está pagando para ser preconceituosa. Diante da omissão específica do legislador buscamos em leis criadas sobre a exegese da defesa feminina, que acabaram também alcançando as entidades familiares de diversas espécies⁴¹.

Uma política pública da cidade do Rio de Janeiro, através da Secretaria de Saúde, em que os profissionais são de orientação profissional mais de

38 Alerto o fato de que este nem sempre é o entendimento majoritário.

39 Menino brutalmente assassinado em São Gonçalo, Rio de Janeiro, em 2010, por forte indícios de homofobia.

40 Estavam presentes eu, Carlos Tufvesson, Jean Whyllis, dentre outros.

41 Ainda que este entendimento não seja unívoco na doutrina ou na jurisprudência, sendo em certos casos mesmo minoritário.

vanguarda - uma vez que compreendem que se não combater o preconceito, vão ter que cuidar no hospital - distribuiu cartões postais dizendo “respeitar as diferentes formas de amar é promover a saúde e a solidariedade, todos os cidadãos e cidadãs têm o direito de viver plenamente a sua orientação sexual”, em que mostra figuras de um menino e uma menina, dois meninos, duas meninas e um menino, e quem está atrasado com as relações homoafetivas, terá de se modernizar para os Trizais, onde três homens, três mulheres, dois homens e uma mulher, se relacionam continuamente por laços afetivos, e sexuais, de forma constante, e duradoura apresentando características de entidade familiar.

O tempo passa rápido, e nossos paradigmas e convicções pessoais vão ter que ser acelerados, e revistos, pois novas formas de união humana estão a desafiar nossa tolerância, e o próprio Estado Democrático de Direito.

O Congresso Nacional, infelizmente muito pouca coisa fez. Projeto da Marta Suplicy⁴² que propunha a disciplina da união civil aos homossexuais, nunca saiu do papel. A PLC 122 que pretendia criminalizar a homofobia⁴³ projeto de lei complementar que muito se falou da Iara Bernardes que criminalizava a homofobia, também infelizmente não sucedeu.

A EQUIPARAÇÃO PELO STF DA UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA À HOMOAFETIVA E GENERALIDADES

A decisão dos dias 4 e 5 de maio de 2011 do STF, que por 10 votos a zero, equiparou a união estável hetero à homoafetiva, passa a estabelecer a comunhão parcial de bens na forma do Código Civil. O estabelecimento de pensão alimentícia para os casos previstos para uniões estáveis do Código Civil. Previsão do pagamento de previdência pública aos homoafetivos, através dos efeitos alcançados pela IN nº25 do INSS. Os planos de saúde que, pela Súmula Normativa nº12, se obrigam a reconhecer a relação de dependência entre casais homoafetivos. Surgimento de políticas públicas como as da CEDS Rio voltadas para orientações de gênero sexual. A concessão de licença gala para os servidores, e os trabalhadores privados poderem ter a celebração da sua união homoafetiva, como os heteroafetivos há longa data o fazem.

A adoção por casais homoafetivos é tema ainda muito tortuoso, e não poderia deixar de ser diferente, e aqui nenhuma crítica destrutiva à sociedade

42 PL 1.151/1995 Deputada Marta Suplicy - PT/SP - 26/10/1995 que disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

43 PLC 122/2006 projeto de lei apresentado pela Deputada Iara Bernardes Criminaliza a Homofobia;

brasileira, que em 2012 ainda é alicerçada pelo patriarcado. É comum ouvir pessoas dizendo na rua que preferem a criança passando fome, abandonada, ou cheirando cola, do que adotada por um casal homoafetivo.

Então vamos continuar transitando pela Av. Princesa Isabel, em Copacabana no Rio de Janeiro, e no canteiro central observar uma criança, normalmente entre os 9 e 12 anos de idade, da cor parda, sem camisa, com uma garrafinha de água Minalba nas mãos, só que o líquido da garrafinha não é água, é um líquido amarelado, é cola de sapateiro que a criança cheira o dia inteiro. Muito possivelmente aquela criança vai se tornar um novo meliante, obrigando o Executivo adotar política pública de ressocialização, e se falhar, a perseguição criminal, e possível e consequente encarceramento do maior princípio humano, que é a liberdade daquela pessoa.

O não reconhecimento das uniões homoafetivas, ou de sua conversão em casamento priva os homossexuais de direitos como, alimentos, e sucessão, e muito mais importante o exercício real e amplo da Cidadania.

Trato o tema da Cidadania dizendo que sou um cidadão de segunda categoria, porque a ausência de direitos cria uma cidadania de segunda categoria. O que homossexuais desejam com a conversão ao casamento, não é obrigar as orientações religiosas a aceitarem homossexuais se casando em seus templos religiosos. Em outras palavras, não se tem a intenção de entrar a igreja de véu e grinalda, o que buscamos são direitos civis, o que já está previsto no Código Civil, e não na bíblia ou no alcorão.

Este comportamento beligerante da sociedade brasileira aumenta o risco social aos homoafetivos, gera maior violência, mais agressão gratuita, maior necessidade de oferta na área de saúde, e o mais perigoso de tudo, torna os homossexuais desmerecedores de respeito social, incitando o ódio e a intolerância. Resultado é o distanciamento da cidadania, a fragilização da efetiva construção de um Estado Democrático de Direito, que quer ver em seus cidadãos a possibilidade de exercícios igualitários de direito, à partir de suas próprias convicções religiosas, civis, profissionais e sexuais, dentre outras.

O incremento de políticas públicas voltadas para este setor marginalizado, o esvaziamento financeiro do Estado e o retardamento da progressão do desenvolvimento - porque continua necessitando focar políticas públicas para a quebra de marginalização, e seu retorno para o seio social, se tornaram entraves merecedores da reflexão de toda sociedade brasileira - se pretender um desenvolvimento sustentável, que alcance maior parcela da população.

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Com relação à união estável e ao casamento, o Código Civil, a partir do artigo 1723, estabelece que:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 10 A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 20 As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

A família se reúne hoje pela relação de afeto, e não mais sobre a necessidade de procriação. As entidades familiares não mais guardam a visão do patriarcado, que trazia a necessidade essencial de procriar, e o sexo hoje, ainda que haja pessoas talvez de maior experiência que tenham certa relutância em compreender isso, mas por favor, permitam-se a reflexão, de que sexo hoje é um prazer humano. É muito mais um prazer humano do que a consciência de reprodução da espécie humana.

Viajando pela Austrália esse ano⁴⁴, reencontrei meu irmão que é homossexual, e ele falou de sua tese muito interessante, de que a natureza, na medida em que não há política pública de contenção populacional séria em nossa sociedade, teve de criar ferramentas próprias de controle de natalidade, como fazendo surgir maior número de seres vivos, e não apenas humanos, homossexuais.

Então àquele que se pergunta se a pessoa nasce homossexual, ou se torna homossexual, sou da tese de que o indivíduo nasce homossexual, o que aproxima à ideia de ser realmente uma resposta da mãe natureza para evitar a procriação desenfreada de indivíduos humanos.

Para ele então, seria absurda a ideia de homossexuais que buscam a procriação *in vitro*, exatamente o oposto do que a mãe natureza pretendeu, fazendo com que aquele indivíduo se orientasse por pessoas do mes-

44 Março a Abril de 2012. Fui intercambista na Austrália de 1988 a 1989, tendo forte ligação com a família que me hospedou, considerando-os desde então como membros de minha família.

mo sexo. Essa é uma discussão à parte, que não encontra guarida hoje. Serve para compreendermos, que hoje o sexo é uma fonte de prazer humano.

O Ministro Salomão⁴⁵ argumenta:

“Por consequência, o **mesmo raciocínio** utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo STF, para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, **deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil**, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art.226, §4º).

De resto, é interessante notar que, se às uniões homoafetivas opunha-se o óbice da literalidade do **artigo 226, § 3º**, CF/88, que faz expressa referência a ‘homem e mulher’, é bem de ver que não há a mesma alusão quando a Carta trata do casamento civil (**artigo 226, § 1º**).

...

Nesse passo, importa ressaltar que “**povo**” - que é sempre a base de toda democracia - **é conceito plurívoco, que não exprime identidade com a idéia de maioria da população votante.**” (Grifo nosso, não consta do original).

O que seriam das minorias se só aceitássemos, e permitíssemos, a ideia da maioria? Então, se assim fosse, os negros que provavelmente são maioria em nosso país teriam determinação da sua cultura sobre a sociedade brasileira; os portadores de necessidades especiais não teriam direitos algum, porque são minoria em nosso país.

Não podemos nos guiar apenas pela orientação da maioria votante daquele povo, mas aceitar a ideia da minoria como a real noção de diversidade, e assim como Maquiavel previu o Estado à partir de povo, território e soberania; sendo povo o elemento subjetivo preponderante na estrutura do Estado, e a sociedade homoafetiva forma o elemento subjetivo povo, é povo por assim dizer, e deve ser também priorizada. Sem povo não há democracia, não há Estado, não há direitos ou liberdades. Sem liberdade de orientação religiosa, política, profissional, sexual que deve ser a propaganda da materialização fática de um real Estado Democrático de Direito, não há democracia.

45 STJ - Ministro Luis Felipe Salomão (REsp n.1.183.378-RS - 25/10/2011);

CRÍTICA CONCLUSIVA A PERIGOSA ADOÇÃO DE PRINCÍPIOS HETEROAFETIVOS ÀS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Eu vou encerrar o nosso encontro de hoje com uma reflexão, que venho fazendo há algum tempo. Que fique claro ser uma crítica construtiva, dentro da noção de dialética, em que cada um tem a sua opinião, desde que haja uma base construtiva para tanto.

Já tive a oportunidade de externar minha opinião à professora Berenice, que é certamente a precursora de tudo isso que estamos tratando aqui, em que a admiração e o respeito que tenho a ela são imensos, mas não preciso concordar com tudo.

A jurisprudência, todo paradigma que estamos construindo para as relações homoafetivas, está sendo pautado fortemente, ou quase exclusivamente, nas relações heteroafetivas. As relações heteroafetivas são o resultado do patriarcado, em que a mulher é subjugada pelo homem, que ficava em casa cuidando dos filhos, e não podia trabalhar, ou exercer a chefia da família.

E por causa deste argumento também, que o homem se viu obrigado a trabalhar para ‘sustentar a família’, e a mulher ficava em casa com os afazeres domésticos, sem poder exercer sua orientação profissional, por óbice familiar, e social, sendo de fato escrava da família. Resultado natural desta relação imposta pelo patriarcado foi a falência da relação conjugal, e inevitável separação, para aqueles que acreditam na felicidade.

É preocupante essa construção pautada unicamente em conceitos e princípios heretoafetivos, para relações homoafetivas que não têm os mesmos princípios.

A noção de traição em um casal heteroafetivo, eu lhes asseguro, não é a mesma que para um casal homoafetivo. Há maior permissibilidade, e as concessões traduzem o ‘código’ daquela relação, o que de certo é pelo menos de início negado aos heteroafetivos, que herdaram do patriarcado vasto Código⁴⁶ para se orientarem, sendo inovações, como foi a do divórcio no século passado, moralmente recriminado pela sociedade da época. De alguma maneira podemos, numa forma extremamente positiva de pensar, perceber que a omissão do legislador padronizando as relações homoafetivas, gerou alto grau de permissibilidade e aceitação de um novo código para as relações homoafetivas.

Conheço diversos casais homoafetivos que mantêm relações sexuais com outras pessoas, às vezes separadamente, às vezes em conjunto, sob o conhecimento do parceiro. Existem pessoas que agora estão estabelecendo

46 Código Civil de 2002.

relação com uma terceira pessoa. Como um casal que já conhecia no Rio, que reencontrei em Miconos, Grécia, que estão juntos há 16 anos, e lá observei haver um terceiro com eles há 8 anos.

Os parâmetros das relações homoafetivas não são os mesmos. Qual é o resultado que eu busco com essa observação e essa reflexão? É que possamos ser sensíveis operadores do direito, julgando de forma a atingir as relações humanas como de fato estão a se operar, e não pautados em conceitos patriarcais religiosos, que não podem ser aplicados plenamente aos homoafetivos.

Essa análise pontual poderá evitar pleitos no judiciário, de aventureiros, pessoas que se unem com outros homossexuais, simplesmente por questão financeira, e se arrasta numa relação de dependência afetiva e financeira para ficar 2,3,5 anos com o companheiro para conseguir pensionamento, dividir o patrimônio do outro.

Não há uma parte subjulgada na relação homoafetiva, em regra. Não há uma das partes obrigada a ficar em casa, nos afazeres domésticos, ou cuidando dos filhos que, em regra por limitações da natureza, não podem conceber. Entre homens é comum haver um ‘macho alfa’⁴⁷ na relação, aquele que lidera. Observemos que liderar não é sinônimo de autoritarismo, típica da antiga relação conjugal entre homem e mulher, em que o homem impunha à sua mulher sua vontade e desejos. Liderar é conduzir pelo convencimento, não impor.

Que deva haver uma compensação financeira pela parte economicamente mais forte à parte economicamente mais fraca, sim, mas a equiparação de efeitos das relações heteroafetivas à relação homoafetiva, que parte de princípios morais distintos, é temerário.

Não obstante para todo avanço, tem de haver retrocesso. O grande argumento que se apresenta quando tratamos desta necessidade de tratamento isonômico, em que se trate igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, é o de que a construção deste paradigma que se chama direito homoafetivo é ainda muito frágil, e talvez a inserção desta noção possa destruir ou fragilizar o que se alcançou de direitos da cidadania.

Porém, desconhecer a verdade não impede a verdade de ser verdadeira, e sendo assim relações heteroafetivas partem de premissas, não consideradas ou não tão valoradas, nas relações homoafetivas.

Devemos ter muita cautela quando desta equiparação, para evitarmos o que é típico na sociedade brasileira, a ‘malandragem’ de pessoas que na verdade estão buscando resultados fáceis rapidamente, e vão ter a proteção do Poder Judiciário para isso, pois até podem comprovar estarem unidos há 2,3,4 anos,

47 Expressão comumente aplicada a matilha de lobos, onde um indivíduo lidera o bando.

e vão requerer equiparação de direitos, com os mesmos efeitos patrimoniais das relações heteroafetivas, só que com uma diferença: sem haver subjugação de um companheiro para com o outro, como é ainda clássico nas relações heteroafetivas. Trago apenas a controvérsia, e cada um vai ter a capacidade de entender se cabe, ou não, a reflexão.

Considerar um cônjuge no casamento como herdeiro necessário e não o companheiro é de constitucionalidade duvidosa, viola o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade e o princípio da proibição ao retrocesso. Pluralidade e diversidade de opiniões são o real caminho para consolidação de um Estado Democrático de Direito brasileiro e para que as pessoas tenham a possibilidade de exercerem suas personalíssimas orientações, sem serem subjugadas ou desconsideradas a partir de nenhuma delas. Respeitar a ideia do próximo e conseguir conviver com ela é o grande objetivo que devemos buscar nas relações humanas, a partir da tolerância, pois somos muito intolerantes.

É por elevado grau de intolerâncias que as relações não dão certo, não duram. A saudosa cantora Cássia Eller tinha razão ‘o príncipe virou um sapo que vive dando no meu saco’. Não existe príncipe encantado. A pessoa tem defeito, vai urinar e deixar a tampa da privada levantada, e vamos ter de lidar com isto. O grau de tolerância que tivermos com os nossos parceiros, na medida em que não há ‘príncipe encantado’, fará que diversos homossexuais que conheço parem de se lamentar por não conseguir um namorado. As relações humanas foram muito futilizadas, e as pessoas reclamam por não encontrar o que todo ser humano busca, que é um companheiro, um parceiro para dividir sua vida, pautada numa cidadania de primeira categoria, num país que abraça a diversidade como elemento fundamental da dignidade da pessoa humana. Muito obrigado pela atenção de todos.