



Poder Judiciário do
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

DIREITO EM MOVIMENTO

UM OUTRO DIREITO É POSSÍVEL

FONAJE

FÓRUM
NACIONAL
DE JUÍZADOS
ESPECIAIS

Volume 16 - Número 1

1º semestre/2018



Poder Judiciário do
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

DIREITO EM MOVIMENTO

UM OUTRO DIREITO É POSSÍVEL



v. 16, n. 1 - 1º semestre/2018

Rio de Janeiro

© 2018 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – TJERJ

A REVISTA DIREITO EM MOVIMENTO é uma ferramenta institucional publicada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, que objetiva construir uma relação de proximidade do DIREITO com as demais CIÊNCIAS SOCIAIS, trazendo temas que aproximam o jurídico da história, da filosofia, da antropologia, da sociologia jurídica, dentre outras disciplinas, buscando demonstrar a necessária inter-relação que deve existir no plano de um DIREITO que objetiva a Justiça.

A REVISTA também acompanha o cenário do FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais, objetivando intensificar também o novo paradigma de que o Direito só será justo na medida em que seus operadores consigam multiplicar as lentes sob as quais o examinam.

Coordenadora Editorial da Revista Direito em Movimento:

Desembargadora Mestre Cristina Tereza Gaulia.

Editor Associado da Revista Direito em Movimento:

Juiz de Direito Alexandre Chini Neto.

Equipe Administrativa - EMERJ:

Diretora do Centro de Estudos e Pesquisas - CEPES: Elina Bussade dos Santos.

Execução Administrativa e Pesquisa: Yanka Albertin Sodre da Silva.

Produção Gráfico-Editorial:

Assessor de Publicação Acadêmica: Ébano Machel do Rosário Assis.

Programação Visual: Jaqueline Diniz.

Acompanhamento Gráfico: Carlos Henrique M. e Silva.

Revisão Ortográfica: Sergio Silveiras, Ana Paula Maradei e Clara Bastos.

Direito em movimento, v. 1, 2003- . Rio de Janeiro: EMERJ, 2003.

Semestral

ISSN 2179-8176 (versão impressa)

ISSN 2236-711X (versão em CD-ROM)

ISSN 2238-7110 (versão online)

1. Juizado Especial Cível, Jurisprudência. 2. Juizado Especial Criminal, Jurisprudência. 3. Juizado Especial da Fazenda Pública, Jurisprudência. 4. Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, Jurisprudência. I. RIO DE JANEIRO (estado). Tribunal de Justiça. Escola da Magistratura.

CDD 341.419905

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20.010-090

Telefones: (21) 3133-1867 / 3133-3671

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjcep@tjrj.jus.br



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Presidente

Desembargador Milton Fernandes de Souza

Corregedor-Geral

Desembargador Cláudio de Mello Tavares

1º Vice-Presidente

Desembargadora Elisabete Filizzola Assunção

2º Vice-Presidente

Desembargador Celso Ferreira Filho

3º Vice-Presidente

Desembargadora Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Diretor-Geral

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

Conselho Consultivo

Desembargador Mauro Dickstein

(Vice-Presidente)

Desembargador Claudio Luiz Braga Dell'orto

(Diretor Adjunto Administrativo)

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo

(Presidente da Comissão de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - COMAM)

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

(Presidente da Comissão Acadêmica - COMAC)

Desembargadora Claudia Pires dos Santos Ferreira

Desembargadora Maria Isabel Paes Gonçalves

Juiz Luiz Marcio Victor Alves Pereira

Juíza Adriana Ramos de Mello

Equipe Editorial da Revista “Direito em Movimento”:

Coordenadora Editorial:

Desembargadora Mestre *Cristina Tereza Gaulia*

Editor Associado:

Juiz de Direito Pós-Graduado *Alexandre Chini Neto*

Conselho Editorial:

Ministro do STJ Mestre em Direito *Antonio Saldanha Palheiro*

Pós-Doutor *Elder Lisboa Ferreira da Costa*

Pós-Doutor *Erick Cavalcanti Linhares Lima*

Pós-Doutor *Geraldo Luiz Mascarenhas Prado*

Pós-Doutor *Gisalio Cerqueira Filho*

Pós-Doutor *Guilherme Braga Peña de Moraes*

Doutor *Diógenes Faria de Carvalho*

Doutora *Gizlene Neder*

Doutora *Leslie Shérída Ferraz*

Doutor *Marcelo Moraes Caetano*

Doutor *Ricardo Gaulia Borrmann*

Defensora Pública Mestre *Amélia Soares da Rocha*

Mestre *Marco Aurélio Alves Epifani Filho*

Sumário

◆ APRESENTAÇÃO	7
◆ PREFÁCIO	9
◆ ARTIGOS	13
Superendividamento	
<i>Alexandre Chini, Diógenes Faria e Frederico Oliveira</i>	15
Alterações do Registro Civil – Troca de Nome e Gênero	
<i>Cristina Tereza Gaulia</i>	42
A Violência contra a Mulher à Luz do Discurso Internacional	
<i>Elder Lisboa</i>	56
O Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro	
<i>Fernando Wesley Gotelip</i>	110
Jargões Corporativos e a Identidade da Organização	
<i>Luiz Antônio Gaulia</i>	143
◆ LEGISLAÇÃO	153
Projeto de Lei do Senado nº 36, de 2018	155
Nota Pública FONAJE – Contagem de Prazos	161
Comentário Des. Alexandre Câmara	163
Comentário Des. Luciano Rinaldi	164

◆ DECISÕES COMENTADAS	165
Supremo concede HC Coletivo (143.641) a Todas as Presas Grávidas e Mães de Crianças	167
As Consequências da Maternidade no Sistema Prisional	
<i>Rafael Estrela Nóbrega, Ana Paula Abreu Filgueiras</i>	174
Barroso Determina Transferência de Duas Travestis para Presídio Feminino (Habeas Corpus nº 152.491)	188
O STF e o Direito das Travestis à Unidade Prisional – Comentários à Decisão Proferida no Habeas Corpus nº 152.491	
<i>Adriana Ramos</i>	193

Apresentação

Desde 2017 a Revista Direito em Movimento está sendo pautada pela palavra transição, valorizando assim a ideia de movimento que integra seu nome e conceito.

O que a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ pretende é inserir a publicação, cada vez mais, em plataforma acadêmica qualificada pela CAPES.

Nessa linha, as publicações passam a construir uma relação de proximidade do DIREITO com as demais CIÊNCIAS SOCIAIS, trazendo temas que aproximam o jurídico da história, da filosofia, da antropologia, da sociologia jurídica, dentre outras disciplinas, buscando demonstrar a necessária inter-relação que deve existir no plano de um DIREITO que objetiva a Justiça.

O primeiro volume de 2018 chega ao público leitor trazendo os textos de Alexandre Chini Neto, Diógenes Faria de Carvalho e Frederico Oliveira Silva, Cristina Tereza Gaulia, Elder Lisboa Ferreira da Costa, Fernando Wesley Gotelip Florenzano e Luiz Antônio Gaulia.

Por exigência do sistema QUALIS, cada artigo será publicado com a aprovação de dois pareceristas, cujo Conselho é formado pelos Doutores: Ana Paula Teixeira Delgado, Cláudio Luís Braga Dell’Orto, Cleyson de Moraes Mello, Cristina Sílvia Alves Lourenço, Flávia de Almeida Viveiros de Castro, Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Marcelo Machado Costa Lima, Patrícia Bezerra de Menezes Galindo da Fonseca, Rafael Mario Iorio Filho e Solange de Moura, aos quais, desde logo, agradecemos a colaboração para que a Revista Direito em Movimento se insira como veículo de disseminação de conhecimento de qualidade também no mundo acadêmico.

Visando ao aperfeiçoamento contínuo, e em respeito ao público leitor que há muitos anos acompanha o amplo cenário do FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais, as publicações objetivarão intensificar também o novo paradigma de que o Direito só será justo na medida em que seus operadores consigam multiplicar as lentes sob as quais o examinam.

A Revista segue nesta edição apresentando resenhas críticas sobre duas decisões do Supremo Tribunal Federal elaboradas pelos Juízes Adriana Ramos de Mello, Rafael Estrela e Ana Paula Abreu Filgueiras.

A par disso, estamos publicando breves comentários sobre o projeto de lei que estabelece a contagem em dias úteis nos Juizados Especiais Cíveis, encaminhado pelos Desembargadores Alexandre Freitas Câmara e Luciano Sabóia Rinaldi de Carvalho.

Cabe por fim agradecer ao Conselho Editorial, que passa a partir desta edição a ser também integrado pelos Doutores Diógenes Faria de Carvalho, Edoardo Fittipaldi, Elder Lisboa Ferreira da Costa, Erick Cavalcanti Linhares Lima, Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, Gisalio Cerqueira Filho, Gizlene Neder, Guilherme Braga Peña de Moraes, Leonardo Rabelo, Leslie Shérica Ferraz, Marcelo Moraes Caetano, Rafaela Selem Moreira, Ricardo Borrmann, e pelos Mestres Amélia Soares da Rocha, André Gustavo Corrêa de Andrade, Antonio Saldanha Palheiro e Marco Aurélio Alves Epifani Filho.

Convidamos todos os leitores a interagir com o movimento de mudança desta publicação da EMERJ, de maneira que possamos apostar na premissa de que um outro Direito é possível.

Cristina Tereza Gaulia

Coordenadora Editorial da Revista
Direito em Movimento

Alexandre Chini Neto

Editor Associado da Revista Direito
em Movimento

Prefácio

QUANTO MAIS AFETO, MAIS JUSTIÇA.

Se vivêssemos em uma sociedade mais humana, e menos preconceituosa, o debate sobre os novos direitos que emergem das novas famílias não precisaria se constituir em tema de exposição, em um evento sobre questões de gênero.

O depoimento eloquente de Letícia Lanz, psicanalista, publicado no O Globo de 12/09/2017, no entanto, demonstra que estamos distantes do desejável. Diz ela:

“Fiz a transição aos 50 anos, casada e depois de enfartar. Continuo com a mesma esposa, tenho três filhos e três netos – dos quais sou pai e avô, e não mãe e avô.

Não nasci no corpo errado, mas sim na sociedade errada. Não sou homem, nem mulher, nem trans. Sou Letícia Lanz. A construção de mim mesma.”

Letícia é contra o gênero enquanto sistema de separação e hierarquização das pessoas. Ela prossegue:

“Para a grande maioria, o órgão genital define o gênero e, até dentre os transgêneros, acredita-se que se você fizer a cirurgia e virar 100% homem ou mulher vai se enquadrar. Não vai.

Esse é um dos motivos pelos quais eu luto tanto contra gênero: porque o enquadramento de gênero é um princípio jurídico, precisa constar no documento de identidade.

Para mudar de nome, tem que entrar na Justiça, é uma tragédia.

Na sociedade, quem fere o dispositivo binário de gênero é punido, pois é visto como delinquente ou doente.”

Somos o país que mais mata travestis e transexuais no mundo. Em 2016, foram 347 mortes. Padecemos, ainda, de subnotificação, o que agrava ainda mais o problema. Ainda assim, o projeto de Lei 122/06, que dispõe sobre o tema, foi arquivado.

De acordo com o relatório mais recente da Associação Internacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Transexuais e Intersexuais (Ilga), “Homofobia de Estado”, publicado em maio de 2017, a homossexualidade é crime em 72 países.

A evolução do reconhecimento dos direitos foi pavimentada, inicialmente por um grupo gay, integrado majoritariamente por homens, em 1978. No ano seguinte, foi a vez das lésbicas feministas da USP se organizarem. Em 1992, realizou-se o encontro com travestis e, no ano de 2005, o Encontro Brasileiro incluiu os bissexuais como integrantes.

Paradoxalmente, foi o avanço da Aids um fator determinante para o reconhecimento do movimento LGBTI. Pela doença, e pela necessidade de enfrentar a dor, ganhou visibilidade a existência de um potente grupo, até então ignorado pela sociedade, escondido pelas famílias e segregado pelo preconceito.

Os avanços, no que diz respeito aos direitos, são graduais e muito lentos. Apenas em 1985 a homossexualidade deixou de ser considerada patologia. Ainda assim, é um dado a ser celebrado. O fato aconteceu cinco anos antes de a Organização Mundial da Saúde retirar a doença da sua lista.

O marco constitucional de 1988, vetando a discriminação em razão da origem, raça, sexo, religião, cor e idade solidificou o princípio da igualdade, que tem norteado todas as decisões que afirmam os direitos de gênero.

O Judiciário tem sido o protagonista no reconhecimento e na afirmação de tais direitos. O Legislativo, na contramão da história, deslocou a discussão dos projetos para a rede valorativa moral e religiosa, fenômenos que têm dificultado a positivação e a segurança jurídica que se pretende em uma democracia.

O reconhecimento da união homoafetiva pelo STF, em 2011, a regulamentação do casamento homoafetivo pelo CNJ, em 2013, o direito ao uso do

nome social e da redesignação sexual independentemente de cirurgia, em recente decisão do STF, são vitórias consistentes na luta permanente pela afirmação de direitos óbvios e que foram silenciados ao longo de décadas.

A nova ordem constitucional, plantada sobre o terreno fértil dos princípios da dignidade da pessoa humana, da promoção do bem-estar de todos sem preconceitos e discriminação, da igualdade de direitos, da liberdade e da segurança jurídica, encontrou ambiente propício para o acolhimento dos novos direitos, especialmente no âmbito do Direito das Famílias.

O reconhecimento do afeto como elemento estrutural das relações familiares – com impactos nas obrigações, sucessões e registro civil – pode ser a porta escancarada para o reconhecimento e afirmação dos novos direitos dos cidadãos LGBTI que emergem e se impõem.

Nunca é demais lembrar que tais direitos dizem respeito a subjetividades, angústias e afetos individuais que devem ser respeitados em um Estado que se pretende ético e democrático.

Se tem sido o Judiciário o garantidor dos direitos conquistados, é fundamental a formação mais adequada dos magistrados. Juízes e juízas, selecionados para a carreira por meio de um concurso público, trazem consigo o mesmo tecido social que constitui a sociedade.

Se o ambiente social sofre com preconceitos e conservadorismo, também a magistratura padece de tais sintomas, que podem ser minimizados com atuação firme e objetiva das Escolas da Magistratura.

Afeto, justiça, cultura e educação são saberes da mesma raiz de humanidade e devem ser compreendidos integradamente.

Aos magistrados, cabe evitar os retrocessos e a intolerância que parecem avançar na contemporaneidade: reconhecer direito de todos, sem usurpar direitos de ninguém; quanto mais afeto e quanto mais direitos, maior a possibilidade de Justiça.

(intervenção oral, como debatedora, no evento “Questões de Gênero”, realizado pela EMERJ)

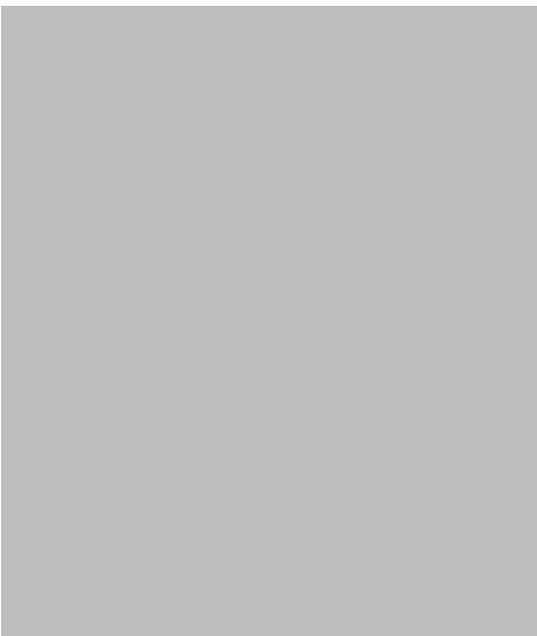
Andréa Pachá

Juíza Titular da 4ª Vara de Órfãos e Sucessões do Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro





ARTIGOS





Superendividamento: Sugestões para Atuação do Judiciário Brasileiro à Luz das Recentes Atualizações do *Code de la Consommation*

Overindebtedness: Suggestions to the Brazilian Judiciary's Acting in the Light of the Recent Updates of the *Code de la Consommation*

Alexandre Chini

Juiz de Direito. Pós-Graduado em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF (1993). Professor Universitário da graduação e pós-graduação da Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO). Membro do Fórum Permanente de História do Direito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Membro da Comissão Judiciária de Articulação dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (COJES). Diretor Associado da Revista Direito Em Movimento da EMERJ.

Diógenes Faria de Carvalho

Pós-Doutorado em Andamento pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Doutorado em Psicologia (Economia Comportamental) pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC - GOIÁS). Mestrado em Direito Econômico pela Universidade de Franca (UNIFRAN). Professor Adjunto da Universidade Federal de Goiás (UFG), Pontifícia Universidade Católica de Goiás - (PUC-GOIÁS), Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO) e Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA). Coordenador do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (UFG). Gestor do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO). Conselheiro Titular do Fundo de Defesa de Direitos Difusos do Ministério da Justiça (CFDD). Membro Diretor do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Pesquisas e publicações acadêmicas com ênfase em Direito do Consumidor, abordando os seguintes temas: direito do consumidor, superendividamento do consumidor, psicologia do consumo e propriedade intelectual.

Frederico Oliveira Silva

Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Possui pesquisas em Direito do Consumidor, com ênfase em crédito e superendividamento.

RESUMO: O superendividamento é a incapacidade do consumidor de adimplir com o conjunto de suas dívidas. É um conceito restrito às pessoas físicas e que demanda a boa-fé do devedor. Não há tratamento legislativo sobre o tema no Brasil, mas a doutrina, com base em ordenamentos estrangeiros, fornece subsídios para o seu estudo. Majoritariamente, os autores brasileiros filiam-se ao modelo francês de tratamento do superendividamento (“restabelecimento pessoal”), pois os seus institutos são compatíveis com o tratamento dado ao patrimônio e à responsabilidade por dívidas no Brasil. O estudo do *code de la consommation*, então, permite compreender o fenômeno do superendividamento e destacar sugestões para a atuação do Poder Judiciário brasileiro. Além disso, as recentes alterações do código consumerista francês são dignas de nota por si mesmas, pois demonstram as possibilidades de evolução de um direito do superendividamento, ao passo que realça a ausência de instrumentos jurídicos para um completo enfrentamento da matéria no Brasil.

ABSTRACT: *Overindebtedness is the consumer's inability to bear the expense within the set of his non-professional debts. It is a concept restricted to natural persons and that demands the debtor's good faith. There is no legislative treatment on the subject in Brazil, but the doctrine, based on foreign orders, provides subsidies for its study. Most of the Brazilian authors are affiliated with the French model of overindebtedness's treatment (“personal reestablishment”), since its institutes are compatible with the patrimony and debts' responsibility's treatment in Brazil. The code de la consommation's study, then, allows to understand the overindebtedness's phenomenon and to detach suggestions to the Brazilian Judiciary's acting. In addition, the recent changes in the French consumer code are noteworthy on themselves as they demonstrate the development's possibilities of an overindebtedness' right, while highlighting the lack of legal instruments for a complete confrontation of the matter in Brazil.*

PALAVRAS-CHAVE: Superendividamento; Poder Judiciário; Brasil; França.

KEYWORDS: Overindebtedness; Judiciary; Brazil; France.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Modelo francês de tratamento do superendividamento: recuperação pessoal; 2.1 Definição de superendividamento; 2.2 Ordem de preferência; 2.3 Empresário individual de responsabilidade limitada; 2.4 Comissões de superendividamento dos particulares; 2.5 Competência judicial; 2.6 Procedimento administrativo; 2.7 Montante de reembolso e *reste à vivre*; 2.8 Plano de recuperação convencional; 2.9 Medidas para tratamento do superendividamento; 2.10 Restabelecimento pessoal sem liquidação judicial; 2.11 Restabelecimento pessoal com liquidação judicial; 2.12 Fichário nacional sobre incidentes de pagamento; 2.13 Sanções civis e penais. 3 Projeto de lei para a regulamentação do superendividamento no Brasil. 4 Sugestões para a atuação do Poder Judiciário brasileiro; 4.1 Papel central dos Juizados Especiais; 4.2 Iniciativa no Rio de Janeiro. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O termo superendividamento, como antecipa o neologismo por justaposição que o origina, intitula um instituto de Direito do Consumidor que se ocupa do endividamento em excesso. Na verdade, o vocábulo procura ilustrar uma situação de incapacidade de o consumidor adimplir, com sua renda, o conjunto de seus débitos. Contudo, nos diversos ordenamentos jurídicos, o instituto do superendividamento possui conteúdo distinto, a depender dos efeitos e do nível de proteção a ele conferidos (LIMA, 2014, p. 33).

No Brasil, por exemplo, o superendividamento é uma tese doutrinária sem previsão legislativa própria. Nacionalmente, portanto, a tutela do consumidor superendividado deriva de transposições das experiências estrangeiras feitas pelos estudiosos de Direito do Consumidor, com o objetivo de adaptá-la aos instrumentos consumeristas, civilistas e processuais de que o Brasil já dispõe.

Nem sempre, portanto, é possível prevenir ou tratar o superendividamento com a mesma eficácia de outros países. Ainda assim, compreender o fenômeno e pesquisar as possibilidades jurídicas de combatê-lo permitem, a um, maximizar as utilidades dos institutos e teorias acolhidos no Brasil em prol de uma situação de hipervulnerabilização de consumidores (que é incrementada pela concessão irrefletida e predatória de crédito), e, a dois, fomentar o debate legislativo para um aperfeiçoamento da disciplina do crédito ao consumo no País.

Com efeito, o presente artigo apresentará o modelo francês de tratamento do superendividamento para ilustrar as multifacetadas possibilidades de que dispõe o legislador reformador do código consumerista e, principalmente, para levantar sugestões de atuação do Poder Judiciário brasileiro, a despeito da falta de lei específica.

2 MODELO FRANCÊS DE TRATAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO: RESTABELECIMENTO PESSOAL

Estudar o superendividamento a partir do ordenamento francês é bastante oportuno para os juristas brasileiros, porque:

- 1) a França é vanguardista sobre o tema, possuindo um modelo bastante evoluído e experienciado (LIMA, 2014, p. 87);
- 2) o próprio Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi inspirado no *code de la consommation*;
- 3) o modelo francês apenas possibilita a falência civil (“restabelecimento pessoal”) após dirimidas todas as tentativas ordinárias de tratamento do superendividamento, e, além disso, somente em casos extremos resulta em “desconsideração” das dívidas (sem liquidação judicial). Logo, não se ilide a responsabilidade do devedor para com seus credores, o que é consentâneo com as garantias conferidas pelo Brasil aos credores. Por este mesmo motivo, o projeto de lei que atualmente tramita na Câmara dos Deputados sobre o tema tem clara inspiração francesa (LIMA, 2014, p. 130).

A estratégia deste artigo será apresentar os principais pontos do modelo francês de tratamento do superendividamento com base nas dis-

posições do *code de la consommation*, principalmente em virtude de suas recentes alterações ocorridas entre 2016 e 2017.

Assim, além de esclarecedor, mesmo para aqueles que já tinham conhecimento das antigas disposições do código consumerista francês, será bastante ilustrativa a explicação do modelo francês para tratamento do superendividamento como exemplificação e sugestão de atuação para operadores jurídicos brasileiros, com as devidas ressalvas.

Na atual organização do *code de la consommation*, o “tratamento das situações de superendividamento” é abordado pelo Livro VII, que se subdivide em sete títulos, que abrigam normas de cunho material e processual.

2.1 Definição de superendividamento

O Título I do Livro VII ocupa-se das disposições gerais relativas ao superendividamento. De início, o artigo L711-1 oferece uma definição da situação de superendividamento, erigindo cinco critérios (COSTA, 2002, p. 116): (1) impossibilidade manifesta (2) do devedor pessoa física (3) de boa-fé (4) de adimplir com o conjunto de suas dívidas não profissionais (5) vencidas ou a vencer.

Da caracterização legal, fica claro que o tratamento do superendividamento tem por escopo o enfrentamento do total das dívidas do consumidor pessoa física, aproximando-o da ideia de um concurso de credores coordenado pelo Estado para garantir a recuperação do devedor. Outrossim, a descrição francesa exige a boa-fé, que se traduz na ausência do elemento anímico de inadimplir (LIMA, 2014, p. 89).

O conceito é complementado pela doutrina europeia, que categoriza o superendividamento em ativo e passivo (NETO, 2009, p. 19-20). A modalidade ativa decorre do consumo voluntário, das situações em que o consumidor efetivamente adquire mais produtos e serviços do que consegue adimplir.

A segunda modalidade, a passiva, refere-se às circunstâncias que, de certo modo, forcem o indivíduo ao consumo sem lastro de pagamento, como, por exemplo, doenças, catástrofes naturais, desemprego etc. Em ne-

nhum dos casos, como visto, o objetivo do consumidor deve ser o de frustrar os credores. Mesmo na modalidade ativa, o consumo deve ser acompanhado da fidejussão do consumidor em sua capacidade de pagamento.

A nova redação do artigo L711-1 traz duas inovações: 1) a previsão de que mesmo o consumidor que possua um imóvel residencial de valor superior ao total de suas dívidas pode pleitear o tratamento do superendividamento; 2) a extensão do conceito de superendividamento para os casos de dívidas oriundas de contrato em que a pessoa física se obrigou como garantidora (fiança, caução, aval etc) ou como devedora solidária de uma sociedade empresária ou de um empresário individual.

A primeira inovação busca assegurar o direito à moradia por meio do bem de família. Já a segunda novidade garante que a natureza profissional das dívidas de um empresário (individual ou pessoa jurídica) não alcança o devedor pessoa física que figure como garantidor ou devedor solidário daquelas, permitindo-lhe pleitear o tratamento de superendividamento. Em verdade, trata-se de uma cisão entre o contrato principal que gerou a dívida profissional e o contrato acessório de garantia ou de solidariedade, desde que, neste, figure como coobrigada uma pessoa física.

Além disso, o artigo L711-2 encerra uma norma de extensão, de alcance extraterritorial, ao permitir que devedores superendividados de nacionalidade francesa, ainda que domiciliados fora da França, requeiram o tratamento a que fazem jus, mas exclusivamente por conta das dívidas não profissionais contraídas em face de credores estabelecidos naquele país.

O dispositivo, assim, flexibiliza o requisito geral de que o tratamento do superendividamento alcance todas as dívidas do devedor, uma vez que, mesmo que também possuam dívidas no estrangeiro, os superendividados franceses poderão ser beneficiados com o procedimento no que tange às dívidas contraídas nacionalmente.

O artigo L711-3, por sua vez, reforça que o devedor que se enquadre nos procedimentos do *code de commerce* para enfrentamento das “dificuldades comerciais” oriundas de dívidas profissionais não pode se valer do tratamento do superendividamento.

Em seguida, o artigo L711-4, inserido no *code de la consommation* em 21 de fevereiro de 2017, enumera as dívidas que são excluídas do tratamento do superendividamento (remissão, reescalonamento ou exclusão), ressalvada a possibilidade de renegociação direta do devedor com o credor: 1) dívidas alimentares; 2) indenizações das vítimas, decorrentes de condenação criminal; 3) dívidas resultantes de fraudes contra organismos de proteção social, nos termos do *code de la sécurité sociale*.

Ainda no âmbito das exceções, o artigo L711-5 dispõe que os empréstimos contraídos com cooperativas de crédito municipal mediante penhor não podem ser excluídos durante o procedimento de superendividamento. Ademais, elas não podem ser postergadas para além do termo final previsto no contrato de empréstimo.

Outrossim, as dívidas fiscais estão excluídas de medidas de diferimento ou de remissão (artigo L733-6).

2.2 Ordem de preferência

O artigo L711-6 do *code de la consommation* apresenta uma ordem legal para o pagamento das dívidas do consumidor superendividado, estipulando que os créditos dos locadores devem ser quitados com preferência aos das instituições creditícias, das sociedades financiadoras e aos créditos destinados ao consumo.

2.3 Empresário individual de responsabilidade limitada

O artigo L711-7 também inova ao estender ao empresário individual de responsabilidade limitada a possibilidade de requerer o tratamento do superendividamento, mas apenas quanto às suas dívidas não profissionais, entendidas como as que se relacionam com o seu patrimônio não afetado ao exercício de empresa. O dispositivo, assim, realiza uma interpretação autêntica do artigo L711-1, no sentido de que o fato de uma pessoa física exercer atividade empresária não lhe priva do procedimento de supe-

rendividamento quanto às suas dívidas não profissionais. O artigo L711-8, apresenta normas de harmonização entre os procedimentos do *code de commerce* e do *code de la consommation*.

2.4 Comissões de superendividamento dos particulares

As comissões de superendividamento dos particulares são as instâncias administrativas responsáveis pelo tratamento do superendividamento na França (artigo L712-1). Sua competência é definida segundo o critério do lugar do domicílio do devedor (COSTA, 2002, p. 115).

Em sua atuação, elas podem propor ou impor medidas de tratamento do superendividamento, previstas no *code de la consommation*; impor o restabelecimento pessoal sem liquidação judicial; ou, com a concordância do devedor e do juiz competente, pleitear o restabelecimento pessoal com liquidação judicial (artigo L712-2).

Os integrantes das comissões e quaisquer pessoas que participem de seus trabalhos devem guardar sigilo sobre as informações a respeito dos procedimentos de superendividamento, sob as penas da lei (artigo L712-5).

Por outro lado, as comissões têm por prerrogativa obter, de quaisquer órgãos ou instituições públicas ou privadas, incluídas as financeiras e previdenciárias, dados exatos sobre a situação do devedor, a sua possível evolução e os eventuais procedimentos de conciliação amigável em andamento (artigo L712-6). Elas podem, inclusive, solicitar pesquisas sociais às autoridades locais e às organizações de segurança social (artigo L712-7), bem como proceder à oitiva do devedor e de quaisquer pessoas que sejam úteis ao esclarecimento do caso (artigo L712-8).

Além disso, também se inclui dentre as atividades das comissões, em qualquer fase do procedimento, a solicitação de medida de ajuda ou de ação social em prol do devedor, caso a sua situação exija, o que pode abarcar um programa de educação financeira e, em especial, uma medida de acompanhamento pessoal personalizada (artigo L712-9).

2.5 Competência judicial

O artigo L713-1 afirma que ao juiz do tribunal de instância (distrital) compete conhecer as medidas de tratamento do superendividamento dos particulares, bem como o procedimento de restabelecimento pessoal. Assim, fica claro que o tratamento do superendividamento, na França, possui duas fases: a administrativa (comissões) e a judicial (LIMA, 2014, p. 92-93).

2.6 Procedimento administrativo

O procedimento administrativo é iniciado pelo devedor interessado, que demanda à comissão o tratamento de sua situação de superendividamento, devendo declarar os ativos e passivos de seu patrimônio (artigo L721-1).

As comissões possuem um prazo, a ser fixado em decreto, para análise, instrução e julgamento do pedido. Se admitido o pleito, elas devem notificar o demandante, seus credores e os estabelecimentos de pagamento e de crédito envolvidos. Inadmitido o pedido, assim deve ser notificado o devedor. Findo o prazo sem a decisão final da comissão, a taxa de juros aplicável às dívidas do demandante, nos três meses seguintes, será a legal (e não a contratual que seja superior a ela), salvo decisão em contrário da comissão ou do juiz que intervenha no caso (artigo L721-2).

Antes da decisão de admissibilidade do procedimento, é proibida a notificação a quaisquer interessados sobre a apresentação, pelo devedor, do pedido de tratamento de superendividamento, sob as penas da lei (artigo L721-3).

Desde a solicitação do tratamento e até a decisão de admissibilidade, a comissão, a pedido do devedor, pode demandar que o juiz competente suspenda os processos de execução dos bens do devedor, bem como as cessões de crédito realizadas pelo devedor quanto a dívidas de caráter não alimentar. Em caso de urgência, tais medidas podem ser requeridas ao juiz pelo presidente ou delegado da comissão ou mesmo pelo representante local do *Banque de France* (artigo L721-4).

Trata-se de medida assecuratória do patrimônio do devedor, tanto para impedir sua redução à insolvência, quanto para otimizar o plano de pagamento de todos os credores, que pode ser negociado com estes ou imposto pela comissão, a pedido do devedor, caso em que interrompe a prescrição e a decadência (artigo L721-5).

Em caso de dívidas imobiliárias, em que houve expropriação dos bens, a data de adjudicação não pode ser adiada administrativamente, mas apenas por decisão judicial provocada pelas comissões de superendividamento, e, mesmo assim, apenas em casos graves devidamente justificados (artigo L721-7).

Admitido o procedimento administrativo, ficam proibidos (novos) e suspensos (se já existentes) processos executivos contra bens do devedor e a cessão de créditos por ele operada, desde que se trate de dívidas não alimentares (artigo L722-2). Tais medidas podem durar até a aprovação do plano de recuperação convencional, até a imposição do plano de recuperação sem liquidação judicial ou até a abertura do processo de recuperação pessoal com liquidação judicial, desde que não ultrapassados dois anos (artigo L722-3).

Aquelas medidas ainda implicam a proibição de adoção de quaisquer atitudes, pelo devedor, que agravem o seu estado de insolvência, incluindo a prestação de garantias e também a contração de empréstimos para pagamento de dívidas, exceto, neste último caso, se se tratarem de débitos alimentares. Em todo caso, é possível que essa proibição seja substituída por autorização judicial (artigo L722-5).

Além disso, com a admissão administrativa, a comissão pode pleitear em juízo a suspensão, também pelo prazo máximo de dois anos, de ações de expulsão do devedor de seu imóvel residencial, como ações de despejo ou execuções de hipotecas (artigo L722-6). Outrossim, restauram-se os subsídios governamentais para habitação eventualmente perdidos em função de inadimplência (artigo L722-10) e abre-se a possibilidade de redução ou exclusão das taxas de juros aplicáveis ao caso (artigo L722-14).

Após a admissibilidade, a comissão deve elaborar um relatório de todo o passivo do devedor (conjunto de dívidas), que deve ser encaminhado para revisão judicial em caso de pedido daquele (artigos L723-1 e L723-3).

Se o relatório indicar que os bens do devedor são suficientes para tanto, a comissão deve prescrever as medidas adequadas para o tratamento do superendividamento. Ao contrário, caso haja manifesta impossibilidade de implementação das medidas de tratamento, ela pode: 1) impor a recuperação pessoal sem liquidação judicial, na hipótese de o devedor possuir apenas os bens móveis necessários à sua vida cotidiana ou bens não profissionais indispensáveis ao exercício de sua profissão, ou ainda caso seja provável que seus bens, se colocados à venda, alcancem preço vil; 2) solicitar em juízo a recuperação pessoal com liquidação judicial (artigo L724-1).

2.7 Montante de reembolso e *reste à vivre*

Caso sejam aplicáveis as medidas de tratamento do superendividamento, a comissão deve fixar o “montante de pagamento”, ou seja, o valor que o devedor deverá adimplir em determinado período de tempo, que tem por parâmetro a porção penhorável do salário, nos termos do *code du travail*. Assim, devem ser reservados, prioritariamente, os recursos necessários às despesas correntes do devedor (artigo L731-1).

Trata-se do que a doutrina francesa determina de *reste à vivre*, entendido como a menor parcela da renda do devedor que deve ser desvinculada do plano de recuperação pessoal a fim de que ele consiga manter as suas necessidades básicas e as de sua família.

Essa reserva, que fica fora do alcance dos credores, deve ser suficiente, por expressa previsão legal, para suprir as despesas com habitação, eletricidade, gás, aquecimento, água, alimentação, educação, segurança, viagens de negócios e saúde (artigo L731-2).

Em última instância, o objetivo do *reste à vivre* é garantir o mínimo existencial, conceituado como o menor núcleo possível de direitos que de-

vem ser assegurados ao cidadão para sua existência de forma condigna à sua condição humana (LIMA, 2014, p. 95; TORRES, 1989, p. 177)

2.8 Plano de recuperação convencional

Caso o devedor possua bens suficientes e seja proprietário de um imóvel, a comissão deve empreender negociações entre ele e seus principais credores com vistas à elaboração de um plano de recuperação convencional (artigo L732-1).

O plano convencional pode ter medidas: de adiamento, reescalonamento ou remissão de dívidas; de redução ou supressão de taxas de juros; de consolidação, criação ou substituição de garantia. Além disso, ele pode determinar que o devedor adote medidas que facilitem ou garantam o pagamento de seus débitos, bem como que ele se abstenha de quaisquer atos que agravem sua insolvência (artigo L732-2).

O plano deve prever suas modalidades de execução, e sua duração total não pode exceder a sete anos, exceto no caso de pagamentos de empréstimos contraídos para aquisição de imóvel residencial ou ainda no caso de quitação total das dívidas para evitar a penhora do imóvel residencial do devedor.

Há um prazo, fixado por decreto, para que os credores manifestem concordância ou não com o plano de recuperação sugerido pela comissão, interpretando-se o seu silêncio como aceitação (artigo L732-3).

2.9 Medidas para tratamento do superendividamento

Recusado o plano pelos credores ou em caso de insucesso das medidas negociadas, a comissão pode, a pedido do devedor e ouvidas as observações dos credores, estipular as seguintes medidas (artigos L732-1 e L733-4):

1) reprogramar o pagamento de dívidas de quaisquer espécies, incluindo, se necessário, o adiamento do pagamento de parte delas, sem

que o atraso advindo do adiamento ou do reescalonamento exceda a sete anos ou a metade do prazo restante para pagamento dos empréstimos em curso;

2) imputar os pagamentos primeiramente no capital;

3) reduzir as taxas de juros à taxa legal ou, se a situação do devedor assim o exigir, a uma taxa ainda menor, neste caso por decisão especial e fundamentada;

4) suspender o pagamento de créditos de caráter não alimentar por um período não superior a dois anos, com a consequente suspensão dos juros respectivos, salvo decisão em contrário da comissão;

5) em caso de execução forçada (ou venda por negociação amigável) do imóvel residencial do devedor em virtude de empréstimo habitacional contraído em face de instituições financeiras, reduzir o valor devido como hipoteca, mediante a imputação do valor da venda do imóvel no capital do empréstimo, com o consequente refazimento do cálculo das prestações do financiamento habitacional.

Na imposição das medidas, a comissão deve considerar se cada um dos credores, no momento de seus respectivos contratos com o devedor, poderia ter conhecimento da situação de endividamento deste, bem como se os contratos foram precedidos das formalidades legais (artigo L733-5).

A decisão da comissão é passível de recurso ao juízo competente por iniciativa de qualquer interessado. Para além disso, o próprio juiz pode, de ofício, avaliar e, se for o caso, reformar as medidas impostas (artigos de L733-10 a L733-14).

2.10 Restabelecimento pessoal sem liquidação judicial

Caso a situação de superendividamento seja irremediável e o devedor possua apenas bens móveis necessários à vida quotidiana ou bens não profissionais indispensáveis ao exercício de sua profissão, a comissão pode estipular o restabelecimento pessoal sem liquidação judicial (artigo L741-1).

Trata-se da decretação da “falência civil”, com uma espécie de “desconsideração” das dívidas, que só tem lugar na excepcional hipótese de fracassarem todas as tentativas de tratamento do superendividamento, privilegiando-se, em última instância, o princípio da dignidade da pessoa humana.

A medida implica o cancelamento de todas as dívidas não profissionais do consumidor contraídas até a decisão da comissão, exceto aquelas que não se submetem ao tratamento do superendividamento (mencionadas acima) e aquelas que, mesmo se enquadrando, foram pagas no lugar do devedor principal por outra pessoa física garantidora ou coobrigada (artigo L741-2).

A decisão da comissão é recorrível ao juízo competente por qualquer das partes interessadas (artigo L741-3 e seguintes).

2.11 Restabelecimento pessoal com liquidação judicial

Caso a situação de superendividamento seja insuperável, mas o devedor possua outros bens que não os destinados à vida cotidiana ou os que sejam não profissionais utilizados para o exercício de profissão, a comissão, após obter o consentimento daquele, pode pleitear em juízo o restabelecimento pessoal com liquidação judicial. O silêncio do devedor deve ser interpretado como recusa (artigo L742-1).

Há um pormenorizado sistema de liquidação do ativo do consumidor previsto a partir do artigo L742-2. Insta ressaltar que não podem ser liquidados (artigo L742-14):

A) os bens inacessíveis enumerados no *code des procédures civiles d'exécution*, quais sejam:

Artigo L112-2

Não podem ser alcançados:

1º A propriedade que a lei declara inacessível; 2º A propriedade que a lei torna inacessível, salvo disposição em contrário;

3º Provisões, somas e pensões de natureza alimentar, com exceção do pagamento dos alimentos já fornecidos pelo demandante ao demandado; 4º Os bens disponíveis declarados inacessíveis pelo testador ou pelo doador, a menos que autorizada pelo juiz e, pela parcela que determine, pelos credores após o ato de doação ou de abertura do legado; 5º Os bens móveis necessários para a vida e o trabalho do devedor e sua família, com exceção do pagamento do preço, dentro dos limites fixados por decreto do Conseil d'Etat e sujeito ao disposto no parágrafo 6. No entanto, eles se tornam apreensíveis se estiverem em um lugar diferente daquele em que a pessoa apreendida permanece ou trabalha habitualmente, se eles são bens valiosos, por sua importância, seu material, sua escassez, sua antiguidade ou seu caráter luxuoso, se perderem seu caráter de necessidade por causa de sua quantidade ou se constituem elementos corpóreos de um fundo de comércio; 6º Os bens móveis mencionados no parágrafo 5º, mesmo para o pagamento do seu preço, quando são propriedade de beneficiários de prestações de assistência social para a infância previstas nos artigos L. 222-1 a L. 222-7 do code de l'action sociale et des familles; 7º Os objetos indispensáveis para deficientes ou destinados aos cuidados de pessoas adontadas. (FRANÇA, 2018d, tradução nossa.)

B) os bens cujos custos de venda sejam desproporcionais aos seus valores venais;

C) os bens não profissionais, mas indispensáveis ao exercício da profissão.

Excepcionalmente, caso entenda ser suficiente para solucionar o caso, o juiz pode substituir a liquidação por um plano de recuperação judicial, com as mesmas medidas de que dispõem, administrativamente, as comissões de superendividamento (artigo L742-24)

2.12 Fichário nacional sobre incidentes de pagamento

O fichário é um arquivo nacional sobre os incidentes de pagamentos relativos a contratos de crédito concedidos a pessoas físicas para necessidades não profissionais. Ele é disponibilizado às instituições financeiras e creditícias e tem por objetivo orientá-las sobre a solvabilidade dos requerentes de empréstimos ou de crédito. Contudo, é meramente informativo, de eficácia não vinculante (artigos L751-1 e L751-2).

O fichário é gerenciado pelo *Banque de France*, que é obrigado a guardar o sigilo das informações, exceto às entidades e empresas elencadas no *code de la consommation*, para as quais os dados são indicativos da saúde financeira do consumidor (artigo L751-3).

O funcionamento do fichário é minuciosamente descrito a partir do artigo L751-4.

2.13 Sanções civis e penais

O *code de la consommation* prevê, ainda, sanções civis aplicáveis ao procedimento de tratamento de superendividamento. Deve-se destacar, dentre elas, a do artigo L761-1, que autoriza a exclusão do procedimento (e de seus benefícios) de todos os devedores que façam declarações falsas ou utilizem documentos inexatos; que tentem omitir parcela ou a totalidade de seus bens; que agravem sua insolvência no curso do procedimento. Há, também, a previsão de sanções penais, por meio da equiparação de determinadas condutas aos tipos e às penas do *code pénal*.

3 PROJETO DE LEI PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SUPERENDIVIDAMENTO NO BRASIL

No Brasil, há um projeto de lei sobre superendividamento que objetiva inserir a matéria no CDC, disciplinando-a, em paralelo ao aperfeiçoamento da regulamentação do crédito ao consumo. Atualmente na Câmara dos Deputados, sob o nº 3.515/2015, o Projeto de Lei foi originado no Senado Federal, então com a numeração 283/2012.

O projeto tem como ação prioritária a prevenção do superendividamento (com subsídio na boa-fé objetiva e em seus deveres anexos de aconselhamento e de cuidado) e incentiva o seu enfrentamento por meio de procedimento consensual, mas não prevê a “falência civil” e não privilegia a ação judicial, que, contudo, poderá se dar de forma casuística (LIMA, 2014, p. 132; CARVALHO, CHINI, 2012, p. 171).

É expressamente prevista uma audiência de conciliação para a composição de um plano de pagamento de dívidas, com ressalva do mínimo existencial.

Art. 104-A. A requerimento do consumidor superendividado pessoa física, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de cinco anos, preservado o mínimo existencial.

§ 1º Entende-se por superendividamento o comprometimento de mais de trinta por cento da renda líquida mensal do consumidor com o pagamento do conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas, excluído o financiamento para a aquisição de casa para a moradia, e desde que inexistentes bens livres e suficientes para liquidação do total do passivo.

§ 2º O não comparecimento injustificado de qualquer credor, ou de seu procurador com poderes especiais e plenos para transigir, à audiência de conciliação de que trata o *caput* deste artigo acarretará a suspensão da exigibilidade do débito e a interrupção dos encargos da mora.

§ 3º No caso de conciliação, com qualquer credor, a sentença judicial que homologar o acordo descreverá o plano de pagamento da dívida, tendo eficácia de título executivo e força de coisa julgada.

§ 4º Constará do plano de pagamento:

I – referência quanto à suspensão ou extinção das ações judiciais em curso;

II – data a partir da qual será providenciada exclusão do consumidor de bancos de dados e cadastros de inadimplentes;

III – condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento.

§ 5º O pedido do consumidor a que se refere o *caput* deste artigo não importa em declaração de insolvência civil e poderá ser repetido somente após decorrido o prazo de dois anos, contados da liquidação das obrigações previstas no plano de pagamento homologado, sem prejuízo de eventual repactuação. (BRASIL, 2015.)

Também são pontos de destaque (CARVALHO, CHINI, 2012, p. 172):

1) o reconhecimento do endividamento excessivo como forma de exclusão social (artigo 54-A);

2) o dever do fornecedor de crédito de prestar informações ainda mais específicas tanto na oferta quanto na execução do contrato (artigo 54-B);

3) a concessão responsável de crédito mediante a avaliação da capacidade de pagamento do consumidor e restrições à publicidade agressiva de crédito (artigo 54-B, parágrafo 4º, inciso III);

4) a limitação, em prol do mínimo existencial, do desconto em folhas de pagamento ou contas bancárias das prestações de crédito consignado (artigo 54-D).

Embora não seja o foco do projeto, a doutrina defende que, frustradas as tentativas de composição, o devedor poderá solicitar, em juízo, a elaboração contenciosa de um plano judicial (MARQUES, 2010, p. 36).

4 SUGESTÕES PARA A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Como visto, ainda não há no Brasil um tratamento legislativo sobre o superendividamento. Não obstante, a doutrina, por meio de estudos comparativos (como o esboçado na primeira parte deste artigo), fornece instrumentos que, com as devidas adaptações, podem ser manejados pelos órgãos de defesa do consumidor (administrativamente), bem como pelo Poder Judiciário brasileiro.

Para atuar em um caso de superendividamento, o magistrado precisa ter duas ideias em mente: 1) deve ser tutelada, de uma só vez, a integralidade do patrimônio do consumidor (todo o seu ativo e todo o seu passivo); 2) trata-se de um plano de recuperação de pessoa física insolvente, que deve observar duas funções, quais sejam a satisfação dos credores e a preservação de condições mínimas para a vida digna do consumidor.

Ademais, em comparação ao ordenamento francês, devem ser feitas as seguintes ponderações: 1) o Brasil não possui autorização legislativa para que os juízes concedam o restabelecimento pessoal (perdão das dívidas) com ou sem liquidação judicial; 2) o Brasil não permite a imposição judicial de um plano de recuperação aos credores de pessoa física insolvente.

Por outro lado, devem ser feitas as seguintes diferenciações quanto ao tratamento do superendividamento (LIMA, 2014, p. 135-136):

1) Não se trata de um conjunto de ações revisionais, pois estas dependem de situação imprevisível ou inevitável que implique desequilíbrio no sinalagma contratual, ou seja, que recaia sobre a contratação. De modo diverso, a impossibilidade de adimplemento do consumidor superendividado é “fato subjetivo e pessoal” e, portanto, não condizente com as ações revisionais, que não comportam a imposição de alteração contratual em prejuízo exclusivo de uma das partes, no caso, o fornecedor;

2) Não se trata de mera ação de insolvência civil, pois esta não se presta ao tratamento do consumidor superendividado, uma vez que nada mais é do que uma espécie de execução coletiva dos bens do devedor que objetiva a satisfação dos credores sob a forma de concurso universal.

Por fim, devem ser rememorados alguns instrumentos do ordenamento pátrio aplicáveis na tutela do consumidor de crédito (Costa, 2002, p. 50-80; GAULIA, 2010, p. 152):

- 1) Princípio da transparência e boa-fé (artigo 4º, *caput* e inciso III, CDC);
- 2) Proteção contra publicidade abusiva ou enganosa e contra cláusulas abusivas ou de adesão (artigo 6º, IV, CDC);
- 3) Princípio do direito à informação clara e ostensiva (artigo 6º, III, CDC), em especial nos contratos de crédito ou de financiamento (artigo 52, CDC);
- 4) Teoria do abuso do direito por violação à boa-fé objetiva (artigos 187 e 422, do CC – Código Civil, e artigo 51, IV, do CDC) (CEZAR, 2007, p. 147);
- 5) Requisitos formais para a concessão de crédito ao consumo e para a formação do contrato de adesão (artigos 52 e 54, parágrafos 3º e 4º, do CDC);
- 6) Possibilidade de o magistrado adequar o valor da penalidade contratual ao contexto econômico do consumidor (artigo 413 do CC);
- 7) Percentual máximo dos juros moratórios, que não podem exceder a dois por cento do valor da prestação (artigo 52 do CDC);
- 8) Proibição de que o credor que – em caso de inadimplência nas vendas a prazo ou com alienação fiduciária em garantia –, optar pela resolução do contrato, imponha a perda das prestações até então pagas pelo consumidor (artigo 53 do CDC);
- 9) Disciplina das cláusulas resolutórias, que só serão permitidas se alternativas, cabendo a escolha ao consumidor e não ao fornecedor (artigo 54, § 2º, do CDC);
- 10) Direito do consumidor de quitar antecipadamente suas dívidas com redução proporcional dos juros e demais acréscimos (artigo 52, § 2º, do CDC);
- 11) Limitações à forma de exercício do direito de cobrança por parte dos credores (artigos 42 e 71 do CDC);
- 12) Princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, da CF);

13) Possibilidade de celebração de negócio jurídico pelas partes de um processo com o intuito de ajustá-lo às especificidades da causa (artigo 190 do CPC – Código de Processo Civil);

14) Incentivo à conciliação, à mediação e à solução consensual de conflitos, inclusive no curso do processo (artigo 3º, § 3º, CPC);

15) Criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo como instrumento de execução da Política Nacional das Relações de Consumo (artigo 5º, inciso IV, CDC).

Com esse panorama, os magistrados brasileiros, ao se depararem com um caso de superendividamento (sendo que, para este fim, é totalmente aplicável a conceituação francesa, acima eboçada), podem intentar a negociação com todos (ou os principais) credores do devedor, com a concordância deste, de um plano de recuperação de dívidas, que pode conter quaisquer medidas de tratamento previstas no *code de la consommation*, bem como os instrumentos presentes no ordenamento pátrio, conforme lista supra.

De qualquer forma, uma, algumas ou todas as alternativas, e/ou outras que os próprios juízes engendrem fundamentadamente, com base nos princípios e normas gerais da lei 8.078/1990, da constituição federal ou de outras leis presentes no ordenamento pátrio, podem ser otimizadas e maximizadas na hipótese de ações que tenham como causa de pedir o superendividamento, valendo, inclusive, transformar, com a concordância do credor, em sede de conciliação, o devedor em empregado da empresa credora, para que, desse modo, a médio prazo, não só pague o mesmo sua dívida, mas também volte ao patamar de cidadão pleno. (GAULIA, 2010, p. 162-163.)

Contudo, sabe-se que, no Brasil, não há fundamento jurídico para o devedor propor ação contra todos os seus credores em virtude de seu superendividamento, o que daria azo para a tentativa de negociação coletiva. Outrossim, tendo em vista os limites subjetivos da ação, uma execução

proposta por apenas um credor não fornece oportunidade para a participação de todos os demais credores para a renegociação das dívidas (o que, como visto, é pressuposto para tratamento do superendividamento).

Assim, ajuizado um processo, o magistrado pode intervir em prol do consumidor, incentivando que as partes suspendam o curso do processo (artigos 313, inciso II, e 921 do CPC) e realizem acordo judicial tendo por objeto o plano de recuperação do devedor que preveja a extinção daquela ação em específico (artigo 515, inciso II, do CPC). Inclusive, se o processo for de execução (ou estiver em execução, no caso do processo sincrético), a extinção pode se dar por meio de novação das dívidas (artigo 360, inciso I, do CC, combinado com o artigo 924, inciso III, do CPC) ou pelas excepcionais hipóteses de remissão (artigo 385, CC) ou renúncia do credor (artigo 924, inciso IV, CPC).

Como o negócio jurídico que é, o plano de recuperação de pessoa física, em qualquer caso, deve observar todas as disposições sobre o tema presentes no Código Civil (artigos 104 e seguintes). Ademais, o plano deve observar o conceito de mínimo existencial (que, na França, materializa-se pela doutrina do *reste à vivre*).

4.1 Papel central dos Juizados Especiais

Contudo, antes da judicialização de determinado caso, os magistrados podem atuar por meio de “núcleos de superendividamento”, principalmente nos Juizados Especiais (que, como dito, são instrumento da Política Nacional das Relações de Consumo), com o intuito de acolher os consumidores superendividados, promover a análise de sua situação patrimonial e, se for o caso, realizar audiências de conciliação com os credores.

Embora haja a limitação de valores das causas de competência dos Juizados, é fato que as dívidas, no Brasil, concentram-se em famílias de menor renda. Segundo a Pesquisa Nacional de Inadimplência e Endividamento do Consumidor (Peic) relativa a janeiro de 2018, realizada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC, 2018), dentre as famílias com renda de até 10 salários mínimos, 14,8% encontram-se

“muito endividadas” e 22,2% possuem mais da metade de sua renda comprometida com dívidas. Por outro lado, apenas 7,5% das famílias com renda superior 10 salários mínimos estão “muito endividadas” e somente 17,3% delas possuem mais da metade da renda comprometida com dívidas.

Com isso, se percebe que a mobilização dos Juizados Especiais, dada a relativa celeridade e a maior flexibilidade de seus procedimentos, é ponto crucial para a atuação do Poder Judiciário brasileiro no tratamento do superendividamento mediante a negociação de um plano de pagamento global.

A hipótese adquire maior aplicabilidade com a previsão, pelo artigo 190 do CPC, de que, “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa (...) antes ou durante o processo”. Logo, o plano extraprocessual pode prever, inclusive, regras de direito processual em caso de futura execução.

Mas não é só. O art. 3º, § 3º, do Novo Código de Processo Civil erigiu a busca pela autocomposição à condição de norma fundamental do processo civil, sendo que o art. 98, I da Constituição Federal e o art. 2º da Lei 9.099/1995 estabelecem a consensualidade como objetivo principal do Sistema dos Juizados Especiais, que poderá, inclusive, homologar acordos de qualquer natureza ou valor (art. 3º, § 3º e art. 57).

Assim, a regulamentação de um procedimento extrajudicial de autocomposição, em caráter externo ao procedimento previsto na Lei 9.099/1995, se coaduna com as diretrizes fundamentais do Sistema dos Juizados Especiais e com a busca pela densificação do princípio do acesso à justiça, notadamente porque o tratamento adequado da questão do superendividamento representa função social a ser perseguida pelo Poder Judiciário, em todos os seus níveis.

Finalmente, os “núcleos de superendividamento” podem atuar de forma preventiva e educativa, principalmente sobre consumo consciente e educação orçamentária. Inclusive, o plano de recuperação pode (e, em muitos casos, deve) prever a obrigação do devedor de frequentar tais cursos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A falta de legislação específica não impede que o Poder Judiciário (para além do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor) realize a tutela do consumidor superendividado. Os motivos para a mobilização judicial em prol dessa situação de hipervulnerabilização remontam ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial.

O estudo de ordenamentos estrangeiros fornece subsídios para a maximização da utilidade de institutos jurídicos de que o Brasil já dispõe, viabilizando sua aplicação ao tratamento do superendividamento. Particularmente, o modelo francês é bastante acolhido pela doutrina pátria, pois os efeitos jurídicos dele decorrentes são consentâneos às previsões brasileiras de responsabilização por dívidas e ao direito de satisfação dos credores.

Da transposição do *code de la consommation* para a legislação nacional, despontam possibilidades de atuação do Judiciário no Brasil. Todas elas convergem para o fomento da conciliação (ou mediação) do devedor com a totalidade de seus credores, tendo em vista que o adequado tratamento do superendividamento depende do enfrentamento global de suas dívidas (em uma espécie de concurso de credores).

Trata-se da negociação de um plano de pagamento de dívidas (com medidas dilatórias, revisionais, extintivas, dentre tantas outras previstas na França) que possibilite a maximização das chances de recebimento por parte dos credores e, principalmente, a manutenção do mínimo existencial do devedor, por meio da preservação de parcela de sua renda para a garantia de suas despesas básicas e as de sua família (*reste à vivre*), que deve ser destacada do montante periódico de reembolso.

Os magistrados podem fomentar a composição das dívidas em um momento extraprocessual (por meio de “núcleos de superendividamento”, em especial nos Juizados Especiais) ou mesmo no curso do processo, a partir do poder de negociação de direitos disponíveis conferido às partes pelo ordenamento processual civil.

Tratar o superendividamento é medida humanitária. Mas, além disso, é instrumento que otimiza o patrimônio do devedor, tornando-o útil

por meio, principalmente, da dilação dos termos finais das dívidas, o que é preferível à simples declaração de insolvência do consumidor, sem possibilidade de pagamento de todos os credores (o que, ademais, desaquece o mercado de consumo).

O Poder Judiciário brasileiro, por seu turno, não pode impedir que os consumidores hipervulnerabilizados fiquem à mercê de uma aplicação incompleta do ordenamento nacional. Antes disso, os magistrados, frente à inércia legislativa, devem conhecer, a partir do estudo comparado, as possibilidades de aplicação dos institutos jurídicos nacionais para tutelar, da melhor maneira possível, as distorções ocasionadas pela concessão irrefletida de crédito.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<https://goo.gl/zaRrL>>. Acesso em: 26 fev. 2018a.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <<https://goo.gl/ZiUvN2>>. Acesso em: 26 fev. 2018b.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://goo.gl/6boEbE>>. Acesso em: 26 fev. 2018c.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/YFAjJ2>>. Acesso em: 26 fev. 2018d.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PL 3515/2015*. Disponível em: <<https://goo.gl/jNksZV>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

CARVALHO, Diógenes Faria de; CHINI, Alexandre. Ensaio sobre a recuperação de pessoas singulares (sobre-endividamento) na legislação portuguesa. *Revista Lusó-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, n. 4, p. 165-178, dez. 2012.

CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira. O (Super)Endividamento num Diálogo Franco-Brasileiro. In: CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral; SANTOS, Nivaldo dos (Org.). *Sociedade de Consumo: Pesquisas em Direito do Consumidor*. Goiânia: Espaço Acadêmico, 2015. p. 39-88.

CEZAR, Fernanda Moreira. *O consumidor superendividado: por uma tutela jurídica à luz do direito civil-constitucional*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 63, p. 131-164, jul./set. 2007.

CNC. *Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic) - janeiro 2018*. Disponível em: <<https://goo.gl/mZMmVv>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês*. São Paulo: RT, 2002. 142 p. (Biblioteca de direito do consumidor, v. 20)

FRANÇA. *Code de commerce: version consolidée au 16 février 2018* Disponível em: <<https://goo.gl/Qc13zv>>. Acesso em: 26 fev. 2018a.

_____. *Code de la consommation: version consolidée au 16 février 2018*. Disponível em: <<https://goo.gl/UjQoVv>>. Acesso em: 26 fev. 2018b.

_____. *Code de la sécurité sociale: version consolidée au 24 février 2018* Disponível em: <<https://goo.gl/rbApFg>>. Acesso em: 26 fev. 2018c.

_____. *Code des procédures civiles d'exécution: version consolidée au 1 janvier 2018* Disponível em: <<https://goo.gl/rejXGK>>. Acesso em: 26 fev. 2018d.

GAULIA, Cristina Tereza. As diversas possibilidades do consumidor superendividado no plano judiciário. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 75, p. 136-165, jul./set. 2010.

LIMA, Clarissa Costa de. *O Tratamento do Superendividamento e o Direito de Recomeçar dos Consumidores*. São Paulo: RT, 2014. 205 p.

MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre a prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 75, p. 9-42, jul./set. 2010.

NETO, André Perin Schimdt. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 71, p. 9-33, jul./set. 2009.

SILVA, Frederico Oliveira. Desafios para uma Política Pública sobre Superendividamento no Brasil: O que se Pode Aprender com o SUS. In: CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral; SANTOS, Nivaldo dos (Org.). *Sociedade de Consumo: Pesquisas em Direito do Consumidor*. Goiânia: Espaço Acadêmico, 2017. v. 3. p. 153-172.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

Alterações do Registro Civil – Troca de Nome e Gênero¹

Cristina Tereza Gaulia

Desembargadora lotada na 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Doutoranda em Direito pela UVA – Universidade Veiga de Almeida.

RESUMO: O texto procura trabalhar a necessidade de o Poder Judiciário pautar suas decisões na realidade de intenso sofrimento das pessoas trans que buscam a Justiça para obter a requalificação de nome e sexo/gênero. Superando questões burocrático-teóricas, aponta-se para casos concretos e protocolo de interposição de ações, que podem coadjuvar os magistrados de todas as instâncias na compreensão do direito à diferença que integra o direito à personalidade, de molde a possibilitar que, em algum momento próximo, as questões cheguem ao STF.

ABSTRACT: *The text seeks to work on the need for the Judiciary to base its decisions on the reality of the intense suffering of trans people who seek Justice to obtain the requalification of name and gender. Overcoming bureaucratic-theoretical issues, concrete cases and a protocol for the interposition of actions, which can assist the judges in understanding the right to difference that integrates the fundamental of the human personality, so as to enable, at some point in the near future, that those issues reach the Supreme Court in Brazil.*

PALAVRAS-CHAVE: Pessoas trans – Direito à diferença – Posições teórico-retóricas – Protocolo – Ações de requalificação.

KEY-WORDS: *Trans people – Right to difference – Theoretical and rhetorical positions – Protocol – Actions for requalification.*

¹ O texto a seguir foi elaborado a partir de palestra proferida no Seminário “Questões de Gênero: abordagem social e jurídica”, realizado em 02/10/2017, pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

“Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”²

Começo essa minha exposição indicando a vocês de que lugar pretendo falar: não sou doutrinadora nem especialista nas questões que já foram trazidas nesse seminário, tampouco tenho a veleidade de me considerar uma palestrante ou expositora de sucesso. Falo a vocês como Magistrada, com 29 anos de exercício na função, primeiro como Juíza, e já agora como Desembargadora.

Então, é como Juíza que falo a vocês, e, nesse aspecto, gostaria de sublinhar que, quando se organiza um evento como esse, há uma ideia importante que deve nortear todos os expositores: a reflexão crítica trazida deve ser uma reflexão que incomode, que crie a controvérsia com relação ao que está posto, ao de sempre, ao mesmo que vem sendo repetido.

Eventos como esse são como lufadas de vento que fazem crescer o conhecimento sobre a realidade do mundo que nos cerca. Se o que for dito não incomodar, não provocará reflexão, e nada irá mudar.

Quanto à mudança do pensamento social, e jurídico por certo, tal mudança, no tocante às questões de gênero, tem se produzido de forma lenta e gradual. Não obstante, a mudança na interpretação do direito aplicável tem sido revolucionária.

Inegavelmente, estamos vivendo uma revolução, não de armas, mas de conceitos, e, nesse rumo da história, proposições e interpretações mais conservadoras do Direito brasileiro têm cedido espaço à uma nova hermenêutica lastreada em inafastável realidade.

Um exemplo ajudará a tornar mais clara essa revolução de conceitos. Refiro notícia publicada na internet sobre “o 1º bebê do mundo a ter documento sem identificação de gênero”, em síntese:

² Artigo 5º 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) – Pacto de São José da Costa Rica – Adotada e aberta à Assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 – ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Disponível em: [<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>]. Acesso em 01/10/2017.

“Bebê canadense é o 1º do mundo a ter documento sem identificação de gênero. Isso quer dizer que a criança não será necessariamente categorizada como “homem” ou “mulher” em sua certidão de nascimento.”³

Existe hoje, portanto, um direito à diferença, e esse direito à diferença deve ser garantido e protegido pelos tribunais por ser um direito que integra a personalidade do indivíduo.

A trajetória, a caminhada, é difícil, não se nega, e aqui busco na jurisprudência histórica brasileira um ponto de apoio para conduzir nossas reflexões.

Em 1967, em plena ditadura militar, uma situação inédita agitou as sociedades carioca e paulistana: chegou às bancas de jornais e revistas a Revista Realidade que, com o intuito de atrair um público mais jovem, principalmente o feminino, publicou várias páginas contendo matéria altamente polêmica para a época, e que destoava do pensamento tradicional: temas como sexo extraconjugal, aborto, métodos contraceptivos e divórcio haviam sido postos numa pesquisa em que foram entrevistadas 1200 mulheres, que responderam a 110 perguntas do tipo: “A Sra. justifica a infidelidade da mulher em alguns casos?”

O resultado da pesquisa constou da edição Realidade jan/1967: “A mulher brasileira hoje”.

As edições não sentaram raízes nas bancas, sendo determinado pelo Juiz de Menores de São Paulo a busca e apreensão de todos os exemplares.

Seguiu-se um Mandado de Segurança da Editora Abril, e, após alguns meses, em setembro de 1968, a questão chegou ao STF.

No STF o embate entre uma posição conservadora e outra progressista acabou por dar vitória à Editora, embora só parcial, porque o prejuízo já se consolidara.

³Disponível em: [<https://www.pragmatismopolitico.com.br/2017/07/bebe-mundo-documento-genero.html>]. Acesso em 19/09/2017.

O que vale referir é a posição vencedora, que se fundamentou no voto do Ministro Aliomar Baleeiro, que bem assentou:

“o conceito de “obsceno”, “imoral”, “contrário aos bons costumes” é condicionado ao local e à época. Inúmeras atitudes aceitas no passado são repudiadas hoje, do mesmo modo que aceitamos sem pestanejar procedimentos repugnantes às gerações anteriores. A polícia do Rio há 30 ou 40 anos não permitia que um rapaz se apresentasse de busto nu nas praias e parece que só mudou de critério quando o ex-rei Eduardo VIII, então príncipe de Gales, assim se exibiu com o irmão em Copacabana. O chamado bikini (...) seria inconcebível em qualquer praia do mundo ocidental há 30 anos. Negro de braço dado com branca em público ou propósito de casamento entre ambos, constituía crime e atentado aos bons costumes em vários estados norte-americanos do sul, até tempo bem próximo do atual.”⁴

E assim caminha a humanidade, com “passos de formiga e sem vontade”, como na letra da música de Lulu Santos⁵.

E nessa pauta, o que nos resta a nós, Juízes? O que devemos fazer?

A verdade é que precisamos fazer parte ativa das revoluções socio-culturais, integrando o que está acontecendo no mundo que cerca ao nosso processo de tomada de decisões.

E para isso temos quatro passos a dar.

O primeiro passo o juiz dá quando ele olha para uma coisa, uma pessoa, uma situação, e admite para si e para os demais que não a conhece.

O segundo passo é dado quando o juiz passa a conhecer a situação

4 MESSIAS, Frederico dos Santos. *Aplicação da Constituição proíbe que transexuais tenham “meia dignidade”*. Disponível em: [<http://www.conjur.com.br/2017-mai-06/frederico-messias-constituicao-veta-marginalizacao-transexuais>]. Acesso em 01/10/2017.

5 SANTOS, Lulu. *Assim Caminha A Humanidade*. Disponível em: [<https://www.vagalume.com.br/lulu-santos/assim-caminha-a-humanidade.html>]. Acesso em: 01/10/2017.

que envolve determinadas pessoas e consegue identificar todo o enorme sofrimento, a dor, a angústia, o tormento que agridem essa pessoa.

O terceiro passo, este verdadeiramente revolucionário, ocorre quando o juiz, reconhecendo que é um poder de Estado, fundamentado na Constituição, percebe que pode acabar com o sofrimento das pessoas que lhe chegaram pedindo a prestação jurisdicional, pedindo justiça.

Há inúmeros magistrados no TJRJ que já atravessaram esse trajeto, embora outros tantos ainda não consigam caminhar.

É difícil tecer uma crítica no âmbito desse processo que é, em verdade, um processo de amadurecimento jurídico.

Mas o fato é que, enquanto juízes e tribunais discutem posições teórico-retóricas, sobre se a questão de os pedidos de pessoas trans de mudança de nome seria da competência das Varas de Família ou das Varas de Registros Públicos, quem veio tentar garantir seu direito à diferença, e de ser quem é, continua em intenso sofrimento.⁶

Enquanto a magistratura discute se o termo correto a ser usado é “sexo” feminino ou masculino, ou se seria “gênero” masculino ou feminino, as

6 Ademais, segundo a melhor doutrina, a questão já estaria pacificada, sendo a competência das Varas de Registros Públicos. A respeito, confira-se trecho do artigo escrito pelo Professor de Direito Civil e Desembargador do TJRJ, Marco Aurélio Bezerra de Melo: “Já com relação às Varas de Família, estabelece o art. 85 do CODJERJ um extenso rol de matérias submetidas à sua competência, sendo certo que a matéria aqui tratada não está incluída expressamente em nenhuma das hipóteses ali elencadas. Entendemos, outrossim, que diante dessa lacuna, seria essa a competência correta por se tratar de ação de alteração de estado, mas revemos nossa posição[4], pois os estudos sobre a designação do sexo mostram que na realidade o requerente postula em juízo tão somente a retificação do seu registro pela desconformidade entre o sexo biológico e o psicológico, sendo então um feito que guarda relação direta e imediata com o registro público de nascimento. Não há alteração do estado pela identificação do sexo masculino ou feminino que se pretende afirmar, mediante a análise circunstanciada que o juiz fará das provas apresentadas. Destarte, afastando-se a competência comum das Varas Cíveis e diante da lacuna do CODJERJ, parece-nos que as Varas de Registros Públicos atraem a competência para julgar as ações de alteração de identidade de gênero, especificamente em relação ao sexo e ao nome, tendo aplicação o artigo 109 da Lei 6.015/73, que assim reza: “quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou indicação de testemunhas, que o juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de 5 (cinco) dias, que correrá em cartório.”. Concluindo, temos que o estado da arte na medicina e nos demais ramos afins das ciências humanas estão a indicar que a identidade do gênero no caso de transexualidade é típico caso de retificação registral sem litigiosidade a fim de compatibilizar, para o bem da dignidade humana, o sexo psicológico com a certidão de nascimento do cidadão(ã). MELO, Marco Aurélio Bezerra de *et alli*. *Notas sobre competência nas ações de alteração de identidade de gênero por transexualidade*. Direito em Movimento, vol. 27. Rio de Janeiro: Emerj. – 1º semestre/2017.

pessoas transgêneras sofrem ao serem barradas pela polícia federal nas fronteiras dos países para onde viajam; sofrem por não poderem se apresentar em sala de aula com o nome e gênero (ou sexo) que as representa, sendo alvo de constrangimento, zombaria, deboche e espancamento.

A respeito, refira-se episódio de sofrimento recentemente divulgado pela mídia escrita:

“Luiza, que vive acompanhada dos pais e de seu filho, de 2 anos, conta todo o conflito e sofrimento pelo qual passou até se descobrir transgênero, aos 23 anos. A mineira, que cresceu sentindo-se rejeitada, achava que havia algo de errado com ela antes de compreender sua identidade. ‘Do 4º ano até a 8ª série, creio que apanhei no mínimo umas três vezes por semana. Uma vez, dois meninos me seguraram na escola e uns outros 15 deram joelhadas no meu órgão sexual. E repetiam uma frase icônica na minha vida: ‘Vira homem’. Pior ainda era não poder contar nada aos meus pais sobre o que estava acontecendo. Eu também ouvia o mesmo discurso deles’, conta ela, em seu depoimento.”⁷

Enquanto se discute nos Tribunais, em inúmeros processos que levaram por vezes anos a chegar às Cortes, se é legítimo, na forma do ordenamento jurídico, a mudança do nome e do gênero/sexo, ou se só seria possível mudar o nome, mas deixar o sexo/gênero na forma original, porque se teria uma preocupação com um futuro provável terceiro que pudesse vir a ser enganado, ignorando nesse rumo o sofrimento da parte que é real e está diante nós; enquanto perdurar esse não enxergamento do sofrimento que agride a dignidade da pessoa humana, estaremos contribuindo para a homofobia, o preconceito, a discriminação, o homicídio de pessoas trans e para o aumento de uma enorme insegurança, que leva à violência e impede a paz social.

7 Disponível em: [<https://oglobo.globo.com/cultura/revista-da-tv/joao-jardim-aprofunda-olhar-sobre-pessoas-trans-em-serie-do-gnt-21885234>]. Acesso em: 19/09/2017.

Refira-se a respeito breve relato da produção da peça teatral sobre a trajetória de Gisberta, transexual brasileira assassinada em Portugal:

“Quando busco compreender a dimensão de evocar Gisberta hoje, em 2017, eu me lembro imediatamente que, segundo relato divulgado recentemente pelo Grupo Gay da Bahia, a cada 25 horas uma pessoa LGBT é assassinada no Brasil em decorrência de homofobia ou transfobia e que, no ano passado, foram 343 mortes notificadas. Destas vítimas, 144 eram transexuais, travestis e transgêneros. Tenho certeza de que (...) a história destas pessoas não terminou com suas mortes, menos ainda começou aí. Suas trajetórias passam por álbuns de família, por fitas K7, por cores e cheiros, gestos e palavras, e pelos sonhos que carregavam no peito. Quando o mundo cis lhes nega a luz da existência através da crueldade e da perfídia, não se pode fazer o mesmo com suas histórias.”⁸

É preciso portanto que a magistratura dê o quarto passo, que significa pôr de lado questões bizantinas, discussões burocrático-teóricas, e, ao receber as ações de requalificação propostas, passe a julgá-las no mérito, determinando venham as provas necessárias e dando as sentenças que as pessoas vieram à Justiça buscar.

Não pretendo dizer com isso que as sentenças dos juízes, ou os acórdãos dos desembargadores, devem ser nessa ou naquela linha. A independência do magistrado é de ser preservada, sendo cada qual fiscal de sua própria consciência.

Mas é essencial a rápida tramitação das ações, para que cheguem ao Supremo Tribunal Federal, para que a Corte Constitucional decida o que está de acordo com a Constituição, e como deve ser preservado o direito à diferença, o direito à dignidade, o direito à liberdade com igualdade das pessoas trans.

Assim como ocorreu com o voto do Ministro Ayres Brito, acompanhado por unanimidade pela Corte Constitucional sobre a união estável

⁸ Cartaz da Peça Gisberta. Disponível em: [@gisdegisberta]. Acesso em 01/10/2017.

homoafetiva⁹, o que abriu as portas do Judiciário brasileiro para, inclusive, possibilitar os casamentos de pessoas do mesmo sexo, também quanto aos direitos das pessoas trans precisamos da posição do Supremo, pois esta pacificaria as questões divergentes, convencendo os indecisos e aprimorando a jurisdição.

Para isso, importa salientar que as ações devem ser distribuídas, e quero nesse momento sublinhar o excelente trabalho que vem sendo desenvolvido pelo NUDIVERSIS – Núcleo da Defensoria Pública de Diversidade Sexual¹⁰, na pessoa de sua coordenadora, a Defensora Lívia Cásseres, que, juntamente com a Coordenação da Justiça Itinerante, estabeleceu um protocolo para distribuição das chamadas “ações de requalificação civil de nome e gênero”.

9 ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001). Ementa: “1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SOCIOPOLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (...) 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SOCIOCULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO REDUCIONISTA. (...) 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. (...) 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. (...) 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. (...)”. Disponível em: [<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>]. Acesso em 01/10/2017.

10 “O Nudiversis atua na defesa individual e coletiva dos direitos dos cidadãos LGBT e busca fomentar e monitorar a política pública destinada a promover a igualdade deste grupo populacional. Além disso, a Coordenação do NUDIVERSIS tem a função de auxiliar e dar suporte aos Defensores Públicos em atuação em todo o Estado do Rio de Janeiro nos casos que cuidem de direitos das pessoas LGBT. O núcleo conta ainda com uma equipe técnica multidisciplinar, composta por profissionais da psicologia e do serviço social, que produzem documentos técnicos para instruir ações judiciais e procedimentos extrajudiciais, atuam no fortalecimento da rede de serviços de proteção e permitem a produção de conhecimento multidisciplinar sobre o acesso à justiça das pessoas LGBT.” Disponível em: [<http://www.defensoria.rj.def.br/Cidadao/NUDIVERSIS>]. Acesso em 01/10/2017.

Nesse protocolo estabeleceu-se que as ações, ao serem distribuídas, deveriam fazer-se acompanhar de:

1 - certidão de nascimento, ou de casamento com ou sem divórcio eventual registrado.

2 - Toda a documentação da pessoa transgênera.

3 - Declaração assinada por médico de que as condições previstas na Res. 1955/2010, do Conselho Federal de Medicina, estão presentes, ou seja: que há o diagnóstico de transexualismo; que a pessoa apresenta desconforto com o sexo anatômico atual; que a pessoa deseja perder (com cirurgia ou somente com tratamento hormonal) as características primárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; que a situação já perdura por tempo superior a 2 anos; que não há transtornos mentais.

4 - Duas testemunhas que confirmem a causa de pedir;

5 - Certidões dos 1º ao 9º Distribuidores¹¹, com o nome de origem e com o nome que a pessoa deseja assumir (para que os juízes afirmem se há ações distribuídas em nome do autor/autora, se há penhoras sobre imóveis, se há débitos particulares ou fiscais, se não há interdição pendente sobre a pessoa que deseja alterar sua qualificação).

6 - Laudo de assistente social e de psicólogo, o que a Defensoria

11 O registro da distribuição de feitos ajuizados no Estado do Rio de Janeiro é realizado pelos 1º, 2º, 3º, 4º e 9º Ofícios de Registro de Distribuição da Capital. Os 1º, 2º, 3º e 4º Ofícios de Registro de Distribuição da Capital, por sua vez, são competentes para o registro de todos os feitos ajuizados, com exceção dos relativos às Varas da Fazenda Pública (...). Por sua vez, o 9º Ofício de Registro de Distribuição é competente para o registro dos feitos de competência das Varas da Fazenda Pública do Estado (...). tem-se que os 3º e 4º Ofícios de Registro de Distribuição são competentes para o registro de habilitação de casamento na Comarca da capital. Entre eles, cabe ao 3º Ofício o registro de habilitações de casamento das Circunscrições de número ímpar; e ao 4º Ofício, as das Circunscrições de número par (...). Aos 5º e 6º Ofícios de Registro de Distribuição, por sua vez, compete registrar: (i) anotação das escrituras, procurações públicas em geral, substabelecimentos e respectivas revogações. As oriundas de Circunscrições de número ímpar deverão ser registradas pelo 5º Ofício; e as de número par pelo 6º Ofício; (ii) testamentos públicos e cerrados; e (iii) títulos judiciais e contratos particulares translativos de direitos reais sobre imóveis e das procurações em causa própria relativas a estes direitos (...). É necessário o registro da distribuição de títulos destinados a protesto, nos locais que tiverem mais de um Tabelionato de Protesto de Títulos, (...). No Estado do Rio de Janeiro, é competente para registro dessas distribuições o 7º Ofício de Registro de Distribuição da Comarca da Capital. Por fim, tem-se o 8º Ofício de Registro de Distribuição, cuja competência é residual, sendo competente para registrar todos os demais títulos." KÜMPEL, Vitor Frederico et. al. Tratado Notarial e Registral vol. IV 1ª ed. São Paulo: YK Editora, 2017.

Pública tem produzido por meio dos profissionais integrantes da equipe NUDIVERSIS.

É esse o atual estado da arte no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Conheço as críticas feitas por conta de algumas dessas exigências nos processos judiciais, que, entretanto, nesse momento, ainda constituem o entendimento de uma maioria expressiva.

Por outro lado, as ações assim instruídas têm sido distribuídas nas Varas de Registro Público, nas de Família e nas Justiças Itinerantes, e principalmente nestas, eis que os Juízes da Itinerante possuem competência concorrente em matéria registral e de família.

O número de ações de requalificação civil aumentou nos últimos dez meses de forma expressiva, e, com o trabalho também exemplar de colegas como os Juízes/Juízas Cláudia Mota, Anna Licasálio, Daniela Brandão, Lísia Carla Rodrigues, Thereza Cristina Nara da Fontoura Xavier, Letícia Ferreira, André Brito e de vários outros, temos obtido um percentual bastante elevado de sentenças de procedência, mudando nome e sexo/gênero imediatamente.

O tempo de prolação das sentenças tem diminuído sensivelmente em alguns casos.

O prazo de 447 dias, que foi divulgado em evento da Defensoria Pública no início do corrente ano, já não pode mais ser considerado regra geral. Nas Justiças Itinerantes, por exemplo, as sentenças são prolatadas, com base no cumprimento do protocolo acima referido, por vezes, no mesmo dia de distribuição das ações.

Sim, no mesmo dia em que a ação é distribuída a sentença é proferida. Se há diligências ou falta documento, o processo leva cerca de 60 dias¹².

12 Processo nº 0020955-54.2017.8.19.0001, distribuído em 27/01/2017, sentença em 27/01/2017; processo nº 0396122-38.2016.8.19.0001, distribuído em 18/11/2016, sentença em 18/11/2016; processo nº 0026238-58.2017.8.19.0001, distribuído em 02/02/2017, sentença em 03/02/2017; e processo nº 0020932-11.2017.8.19.0001, distribuído em 27/01/2017, sentença em 11/08/2017.

Essa realidade deve ser levada como precedente aos demais juízos, para que dessa forma abreviem o processamento das ações de requalificação.

De qualquer sorte, devem os autores, por seus advogados, cumprir o protocolo de procedimento.

No mais, o único caminho de real efetividade, para que não se patologize a pessoa trans que vem a juízo, é buscar-se no processo legislativo uma lei que garanta os direitos de pessoas trans como a Lei argentina¹³, que permite a alteração de nome e gênero por simples pedido administrativo junto aos RCPNs.

Sublinho que também dentre os Promotores de Justiça há divergências, mas, diante do *modus faciendi* procedimental que vem sendo adotados nos processos, e do cuidado na condução dos mesmos, em uma multiplicidade de casos o parecer ministerial tem sido no sentido da procedência do pedido de alteração dos dados civis, embora haja recursos, sendo função dos recursos levar a questão aos Tribunais Superiores, o que, no plano da evolução jurídica, é importante.

Por fim, três notícias alvissareiras no sentido de que a mudança sociojurídica começa a caminhar a passos um pouco mais largos:

13 “ARTICULO 6° — Trámite. Cumplidos los requisitos establecidos en los artículos 4° y 5°, el/la oficial público procederá, sin necesidad de ningún trámite judicial o administrativo, a notificar de oficio la rectificación de sexo y cambio de nombre de pila al Registro Civil de la jurisdicción donde fue asentada el acta de nacimiento para que proceda a emitir una nueva partida de nacimiento ajustándola a dichos cambios, y a expedirle un nuevo documento nacional de identidad que refleje la rectificación registral del sexo y el nuevo nombre de pila. Se prohíbe cualquier referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificadora y en el documento nacional de identidad expedido en virtud de la misma. Los trámites para la rectificación registral previstos en la presente ley son gratuitos, personales y no será necesaria la intermediación de ningún gestor o abogado.” ARGENTINA. Ley n. 26.743, de 9 de maio de 2012. Establécese el derecho a la identidad de género de las personas. Boletín Oficial de la República Argentina Buenos Aires, 24 maio 2012. Disponível em: < <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>>. Acesso em 01/10/2017. “Procedimento. Uma vez cumpridos os requisitos estabelecidos nos artigos 4 e 5, o funcionário público deve proceder, sem qualquer procedimento judicial ou administrativo, à notificação de ofício da retificação do sexo e da mudança de nome ao Registro Civil da jurisdição onde foi feito o registro de nascimento, para que este emita uma nova certidão de nascimento ajustando-se a tais alterações, emitindo um novo documento de identidade nacional que reflita a retificação de registro de sexo e o novo nome. Qualquer referência a esta lei deve ser proibida na certidão de nascimento corrigida e no documento de identidade nacional emitido em conformidade com a mesma. Os procedimentos para a retificação do registro previsto nesta lei são gratuitos, pessoais e nenhum intermediário, de qualquer agente ou advogado será necessário.” (tradução livre da autora).

1 - O Superior Tribunal de Justiça determinou, por Acórdão de lavra da Min. Nancy Andrighi, a alteração do prenome e da designação de sexo de um transexual de São Paulo que realizou cirurgia de transgenitalização, sem que constasse da nova certidão que a requalificação civil fora feita por ordem judicial.¹⁴

2 - O Ministério Público do Rio de Janeiro, em agosto deste ano, autorizou, por Resolução assinada pelo Procurador-Geral de Justiça, que travestis e transexuais podem ser identificados em crachás e outros documentos internos no MPRJ com o nome que adotaram como nome social.¹⁵

3 - Em decisão inovadora, a Juíza Daniele Lima Pires Barbosa prolatou sentença em que afastou a coisa julgada em ação proposta por pessoa trans que havia conseguido em ação anterior a troca de seu nome, sem que o julgador deferisse também a troca de sexo/gênero. A Juíza aceitou o

14 REsp 1008398/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 18/11/2009. Ementa: "(...) E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73. - Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar. - Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolida, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alcançando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna. - De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar imperfeições como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado. Recurso especial provido. Dispositivo (...). Determino, outrossim, que das certidões do registro público competente não conste que a referida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de redesignação sexual de transexual." Disponível em [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1008398&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true]. Acesso em 01/10/2017.

15 Resolução GPGJ nº 2.142, de 22 de agosto de 2017. Dispõe sobre o direito ao uso do nome social por travestis e transexuais no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: [http://www.mprj.mp.br/documents/20184/418924/resolucao_2142.pdf]. Acesso em 01/10/2017.

processamento da nova ação, para retificar a certidão anteriormente obtida, declarando que a Justiça não poderia piorar a situação da pessoa a partir de uma prestação jurisdicional incompleta e que trazia à parte autora tanto constrangimento quanto a situação anterior que vivenciara.¹⁶

Portanto, é possível ao Poder Judiciário, com apoio de outras instituições públicas, afastar o sofrimento da vida das pessoas que procuram a Justiça, garantindo direitos humanos, e saindo de uma zona de conforto em que se instalou há muito.

Finalizo citando a cantora e compositora Zélia Duncan, em “Braços Cruzados”:

“Alguém aqui acredita
 Que não tem nada com isso?
 Será que nada tem vínculo
 Tudo é por acaso?
 Mas quem é que joga os dados
 Deus ou seus diabos?
 Quem decide qual o lado abençoado?
 Deus ou seus diabos?
 Será que nenhum de vocês
 Sabe falar português?
 Então, em nome da nossa dor
 Eu exijo um tradutor
 Alguém de carne e osso
 Alguém em quem se possa confiar um pouco
 Eu quero menos abandono, mais cuidado
 Cristo Redentor
 Eu vi seus braços cruzados, tudo é ilusão
 Ando pelas ruas, tem de tudo, menos solução
 Fecho os vidros, fecho a casa

¹⁶ “Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido para determinar a retificação do registro civil da parte Autora para o sexo feminino. Oficie-se o 10°. RCPN, conforme requerido. Com o trânsito em julgado, dê-se baixa e arquivem-se.” Processo nº 0020932-11.2017.8.19.0001. Disponível em: [<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2017.001.014895-0&acessoIP=intranet&tipoUsuario=>]. Acesso em 01/10/2017.

Mas a alma não tem trinco, tá escancarada
Fecho a minha roupa, fecho a minha cara
Mas a alma não tem trinco
Nem defesa, nem nada.”

Os juízes podem ser esses tradutores preconizados pela canção. Assim estarão participando de forma ativa para a construção de uma sociedade mais madura, ética e fraterna.

A Violência Contra a Mulher à Luz do Discurso Internacional

Justiça Cosmopolita para a Erradicação da Violência de Gênero

Elder Lisboa Ferreira da Costa

PHD pela Universidade de Salamanca, Espanha. Professor na União Europeia no Programa de Direitos Humanos do Pós-Doutorado da Universidade de Salamanca-Espanha e Universidade do Porto-Portugal. Mestre em Ciências Jurídico-criminais pela Universidade de Coimbra-Portugal. Professor da Universidade Estácio de Sá-Brasil. Autor de livros jurídicos na área da História do Direito, Direito Penal e Direitos Humanos. Pesquisador na Corte Europeia de Direitos Humanos-Tribunal de Strasbourg, em 2013/2014. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

RESUMO: A questão conceitual¹ e o discurso dos Direitos Humanos à luz do Direito Internacional quanto à violência contra a mulher envolvem uma gama de dificuldades no plano interno de cada país, apontando seu nascedouro para a violência de gênero. Demonstram o papel do Direito Internacional Público e, quanto a normatização pela legislação interna dos países que compõem as Nações Unidas, podem contribuir para a erradicação da violência contra a mulher.

PALAVRAS-CHAVE: Violência de gênero, direito internacional, direitos humanos.

RÉSUMÉ: *La question conceptuelle et le discours des Droits de l'Homme à la lumière du discours International ce sont des problèmes systémiques qui englobent la violence faites aux femmes dans le monde et c'est à partir de là*

¹ A questão conceitual é tão complexa que pode-se ter várias facetas sobre um mesmo tema, tais como aspectos sociológicos, jurídicos, psicológicos ou antropológicos, podendo alterar a pesquisa que se quer retratar. Neste texto nos propusemos a analisar os aspectos jurídicos, sem esquecer os reflexos que outras ciências podem contribuir.

qui a naissance la violence de genre. Le rôle du Droit International Public et sa normalisation par la législation interne des pays qui font partie de l'ONU montrent qu'ils peuvent contribuer pour éradiquer la violence contre les Femmes.

MOTS-CLEFS: violence de genre, Droit international, Droit de l'Homme.

INTRODUÇÃO E FACETA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A violência contra a mulher é uma questão sistêmica e envolve todas as camadas e setores da sociedade. Atualmente, as agruras que sofrem as mulheres tanto na vida pública como privada têm despertado, por parte da comunidade internacional, especial atenção. A atenção das Nações Unidas tem se voltado para a sua erradicação.

O papel do Direito Internacional dos Direitos Humanos² tem sido fundamental para a erradicação dessa violência. A proposição de mecanismos internacionais de proteção e erradicação dessa lacra que afoga os direitos mais básicos da mulher em sociedade deve ser a tônica para que possamos ter uma sociedade mais justa e igualitária. O alerta de que estamos em sentido contrário para combater essa violência vem da ONU

Este é um sinal urgente para a ação, e o relatório recomenda os caminhos a seguir”, disse a diretora-executiva da ONU Mulheres, Phumzile Mlambo-Ngcuka, no lançamento do documento “Transformando promessas em ação: Igualdade de Gênero na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”.

Sem o rápido progresso para a igualdade de gênero e ações reais para acabar com a discriminação contra mulheres e meninas, a comunidade global não será capaz de manter a promessa de “não deixar ninguém para trás” no caminho para

² Faz-se uma distinção entre Direitos Humanos que surgiram na Idade Moderna com os precursores, Francisco de Vitória, Francisco Suares e John Locke. O Direito Internacional dos Direitos Humanos é uma concepção contemporânea, surgida no século XX, depois do pós-guerra, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

pôr fim à pobreza, proteger o planeta e avançar na prosperidade até 2030, de acordo com novo relatório das Nações Unidas lançado na quarta-feira (14/2).³O centro de toda a violência que permeia a mulher está dentro do que se entende por violência de gênero, conceito cunhado pelo Direito Internacional, especialmente na Convenção de Pequim, no seu artigo 118. No gráfico abaixo, demonstramos dentro de um sistema *gravitacional* onde está localizada a violência de que tratamos neste artigo.

Importante destacar nesta seara o trabalho incansável da Professora Catedrática da Universidade do Porto e que por muitos anos dirigiu o Programa de Doutorado Passado e Presente dos Direitos Humanos, na Universidade de Salamanca, da qual foi Professora Titular, María Esther Martínez Quinteiro, que em importantes conclave promoveu discussões sobre a igualdade de gêneros, e que com seus apontamentos tem modificado a jurisprudência para melhor, no que tange à proteção às mulheres.

Em recentíssima decisão, a Suprema Corte Brasileira, no dia 01 de março de 2018, autorizou mudança de gênero em registro civil sem necessidade de cirurgia ou tratamento psicológico, o que representa um avanço nas questões de gênero. A fala da Presidente do Supremo Tribunal Federal sobre a questão reforça a tese do viés patriarcal sobre o preconceito. No seu voto esclarecedor, testifica que não há necessidade de autorização judicial para a alteração de prenome e sexo em registro civil de transgêneros.⁴

Com a referida decisão, a Suprema Corte Brasileira, alinhada à jurisprudência de Cortes Internacionais, reconhece que a questão sexual vai muito além nos estereótipos de homem e mulher e perpassa necessariamente por uma questão cultural.

3 Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/onu-sem-aco-es-pela-igualdade-de-genero-mundo-nao-alcancara-objetivos-globais/>

4 https://www.scoopnest.com/pt/user/STF_oficial/968945923043848192-em-seu-voto-o-ministro-fachin-dispensa-a-necessidade-de-autorizacao-judicial-para-a-alteracao-de-prenome-e-sexo-em-registro-civil-por-transgeneros

Frisa-se que neste artigo não abordamos especificamente a questão dos movimentos LGBTI, mas a sua luta pela igualdade perante a lei.

“Eu sei que o preconceito é difícil de passar, ainda é grande, e eu falo de cátedra. Eu não preciso do testemunho de ninguém para saber que há preconceito contra a mulher. Tem contra mim. Claro que a manifestação contra mim, enquanto juíza do STF, é diferente de uma mulher que não tem um trabalho, uma independência financeira, independência psicológica ou que não tem condições de uma formação intelectual, mas ele [preconceito] existe contra mim e é exercido, ainda que não dito. Também não preciso de ninguém para me lecionar isso”, disse a ministra, que também é presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).⁵

A recente revelação dos dados da violência contra a mulher mostra uma curva ascendente preocupante. Pesquisa publicada no site “Compromisso e Atitude” demonstra essa preocupação: “apesar de ser crime e grave violação de direitos humanos, a violência contra as mulheres segue vitimando milhares de brasileiras reiteradamente. Segundo relatos do serviço Ligue 180 no 1º semestre de 106, em 39,34% dos casos a violência ocorre diariamente e em 32,76%, semanalmente.

Isso significa que em 71,10% dos casos a violência ocorre com uma frequência extremamente alta. Do total de relatos, 51,06% referem-se a agressões físicas e 31,10%, à violência psicológica. Em 39,34%, a violência ocorre diariamente, e em 32,76%, a frequência é semanal. Em 67,63% dos casos, as agressões foram cometidas por homens com quem as vítimas mantêm ou mantiveram uma relação afetiva. Esses dados foram divulgados no balanço dos atendimentos realizados pela Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180, da Secretaria de Políticas para as Mulheres.”⁶

Recentemente, na revisão periódica da Organização das Nações Unidas, no grupo de trabalho da RPU, foi recomendado a todas as nações que visem esforços no sentido de coibir e erradicar problemas relacionados aos Direitos Humanos, entre eles: combater o excessivo da força, os homicídios cometidos pela polícia em “legítima defesa” ou durante a “guerra contra

⁵ Disponível em: <https://www.bonde.com.br/bondenews/nacional/carmen-lucia-diz-que-machismo-e-preconceito-sustentam-violencia-contra-mulher-449918.html>

⁶ <http://www.compromissoeatitude.org.br/dados-nacionais-sobre-violencia-contra-as-mulheres/>

as drogas”); combater a tortura, os maus-tratos, a violência e as mortes em prisões, bem como a superlotação carcerária e as más condições em lugar de detenção; as medidas tomadas para atingir uma educação de qualidade acessível, culturalmente adequada e para todos; combater o trabalho escravo e proteger os defensores dos direitos humanos.

Pode-se afirmar que, entre as questões levantadas nos documentos da RPU, destacam-se: o combate à extrema pobreza e às desigualdades socioeconômicas; o combate (intersetorial) à discriminação baseada no gênero, etnia, religião, deficiência, orientação sexual e identidade de gênero.^{7,8}

Afirmamos que qualquer legislação interna de cada soberania, que vise diminuir ou erradicar políticas públicas de proteção a esses grupos que a ONU visa proteger são nulas, padecendo de improcedência legislativa incongruente, devendo ser extirpada do plano interno e adequada as normativas internacionais de proteção. Por isso a orientação da jurisprudência internacional das Cortes Internacionais de Justiça.

Importante documento que retrata a proteção à mulher, como destaca Silvia Pimentel, o CEDAW, em 1979, é um dos principais documentos relativos ao tema, que tem como principal pressuposto: *promover os direitos das mulheres, na busca da igualdade de gêneros, e reprimir quaisquer atos atentatórios e discriminatórios contra a mulher.*⁹ Observa ainda a nobre pesquisadora que:

O Comitê CEDAW* recorre a três mecanismos para monitorar o exercício efetivo dos direitos das mulheres nos Estados-parte da Convenção. São eles: análise de relatórios apresentados periodicamente pelos Estados-parte, com a elaboração de observações e recomendações específicas; preparação de

7 Todas essas recomendações fazem parte da abordagem neste texto.

8 O itálico não consta do original.

9 Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf

recomendações gerais que buscam interpretar os direitos e princípios previstos na Convenção. Até o momento foram formuladas 25 recomendações gerais.¹⁰

Com as tratativas internacionais, temos uma panorâmica de que as questões que envolvem a violência contra a mulher alcançam fronteiras inimagináveis, envolvendo todos os países do globo, permeando todas as camadas sociais. Essa violência não escolhe cor, religião, sexo, idade e nem condição social. Afeta a família como um todo e, principalmente os filhos, que se tornam vítimas indiretas da violência de gênero.

Atualmente, Oprah Winfrey é uma voz que tem repercutido de forma veemente para dar visibilidade de que a violência existe. Segundo sua biografia, “por derrubar barreiras raciais e de gênero com suas conquistas, a atriz e bilionária Oprah Winfrey é eterna inspiração para as mulheres. Mais ainda depois do Globo de Ouro, quando emocionou o mundo ao anunciar o início de uma era de maior igualdade para todas”.¹¹ Diversas atrizes norte-americanas tem se apresentado de preto para “denunciar” as violências a que foram expostas no início e durante suas carreiras, muitas de sucesso.

O movimento americano foi importante, pois tem encorajado muitas mulheres a proceder à “denúncia” dos seus agressores e, conseqüentemente, a sua punição. No caso emblemático daquela que deu nome à Lei Maria da Penha, a vítima sofreu dupla tentativa de homicídio praticado por seu marido, Marco Antonio Heredia Viveiros.

Devido à demora na prestação jurisdicional, o Brasil foi responsabilizado internacionalmente pela CIDH/OEA por omissão, negligência e tolerância. O Brasil infringiu os artigos 11, 24 e 25 da Declaração Americana, e também os artigos 3 e 4 e as alíneas *a, b, c, d, e, f e g* e os artigos 5 e 7 da Convenção de Belém do Pará, ou seja, uma posição muito grave para o Estado brasileiro.

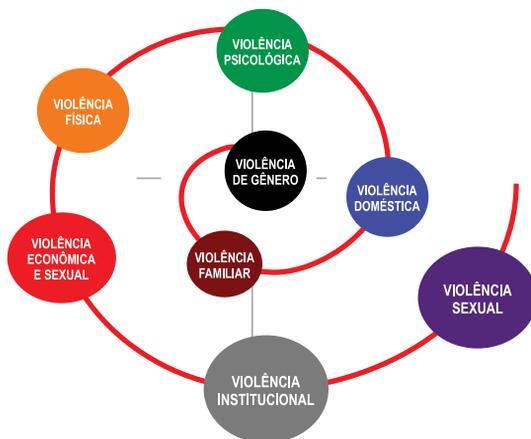
10 Idem a citação acima do artigo da pesquisadora.

11 Texto de Isabella D’Ercole e Lucy Allen/The Interview People. Disponível em Claudia. Editora Abril. p. 96.

É pacífico hoje no plano internacional as características dos direitos humanos, sendo eles inalienáveis, inderrogáveis e imprescritíveis, posto que não variam em nenhum lugar do planeta. As pessoas possuem dignidade pelo simples fato de serem humanas, não importando qualquer outro condicionante para serem depositárias de tais direitos, e vou mais longe, qualquer tentativa de uma norma interna de limitar o alcance e substrato de tais direitos são nulas de pleno direito, de acordo com as normas internacionais de direitos humanos. Estas se sobrepõem às leis de caráter interno que com elas possam conflitar, podendo seus cidadãos recorrer às Cortes Internacionais a sua proteção.

Nesse campo de proteção estão particularmente as mulheres, crianças e pessoas com deficiências, que reclamam urgentemente de leis que possam garantir os seus mais básicos direitos, como o acesso à educação, saúde, segurança e coibição de práticas tradicionais nocivas¹² já reconhecidas pelas Organizações das Nações Unidas.

Figura 1 – Reflexo da violência de gênero como centro de todo o sistema gravitacional da violência



Fonte: gráfico elaborado pelo autor em sua pesquisa no Tribunal de Strasbourg-França.

¹² Sobre as práticas tradicionais nocivas, importante trabalho de Maira Barreto sobre “*Infanticídio Indígena*”, tese de doutorado defendida na Universidade de Salamanca, à qual foi conferida o grau de doutora daquela Universidade. Foi diretora de tese a Professora Catedrática Maria Esther Martínez Quinteiro.

O que se percebe, na verdade, é a raiz de toda a violência que sofre a mulher em todos os planos da vida, seja no doméstico (âmbito privado), seja no social (âmbito público). Uma questão deve ficar logo esclarecida, tanto que será amplamente repetida neste texto. A mulher não sofre violência por estar no plano doméstico ou no plano público, ou mesmo na rua. A mulher sofre violência pelo fato de *ser mulher*, ou seja, é um dado sensorial da mentalidade masculina – *sou superior e por isto tenho que mandar*¹³. Está arraigado a um pensamento patriarcal que vem desde os primórdios da formação da sociedade.

Portanto, por estar no centro e ser o nascedouro de todo tipo de violência, dentro desse *sistema interplanetário*¹⁴ que se criou por meio do gráfico, os outros tipos de violência *gravitam* e giram em torno daquela que seria a causa de todos os outros tipos de violência. A violência de gênero tem seus fundamentos, como visto, no pensamento da sociedade patriarcal e machista ao não permitir a evolução da mulher dotada de dignidade humana, conforme já afirmado por diversos documentos internacionais.

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER À LUZ DO DISCURSO INTERNACIONAL

Os estudos de Enriqueta Jávega e Lara Sánchez (*apud* BURRIEZA et al. 2008) com precisão demonstram o início da discussão sobre gênero no plano internacional. Está ligada ao começo da democracia a denúncia reiterada em todos os foros internacionais, revelando ainda o caráter incompleto das legislações em relação aos direitos das mulheres e sua ampliação.

A problemática está a ser resolvida em diversos planos, como o realinhamento para explicar o direito relacionando-se com outros fatos e discursos sociais, por exemplo, sem prejuízo de mutilar sua especificidade. Também se registrou uma das propostas: a de a interdisciplinaridade ser

¹³ Este dado sensorial está ligado a diversas personalidades masculinas, arraigado a uma ideia patriarcal de que o homem é a medida de todas as coisas e de que sobre ele devem gravitar tudo e todos, sendo a mulher parte integrante do seu “acervo”.

¹⁴ Figura interpretativa.

elaborada desde o ponto de vista da Antropologia, através dos estudos de gênero. Efetivamente, o gênero, nas palavras de Norma Fuller (*apud BURRIEZA et al.* 2008), produz as categorias feminina e masculina, sobre cujas bases organizam-se as instituições primordiais da vida social – condição humana, família, parentesco, trabalho, política – por uma perspectiva de gênero que implica uma revalorização crítica dos conceitos tradicionais de todas as disciplinas acadêmicas, em particular o Direito¹⁵.

Como visto no capítulo anterior, o gênero está vinculado a questões sociológicas, históricas e culturais em que se planteiam as diferenças estabelecidas entre homens e mulheres.

À luz do discurso internacional, a conquista e o respeito à igualdade de oportunidades entre homens e mulheres devem ser um comportamento de todos os governos planetários. É preciso ficar esclarecido que a violência de gênero não é um problema que afeta somente as mulheres, sendo uma questão de direitos humanos¹⁶.

A evolução de um discurso internacional foi ganhando terreno quando se percebeu que os Estados sozinhos não eram suficientes para resolver as questões envolvendo gênero; na verdade, o exercício do ser humano com índole internacional tem sido a saída para a solução de conflitos. Telles (1990), acertadamente, fez a crítica:

Se a soberania dos Estados fosse concebida rigidamente como uma forma de isolamento, de egoísmo nacional, levado às últimas consequências, cada Estado consideraria até imperioso aplicar exclusivamente a própria lei dentro das suas fronteiras. Mas não é esta a concepção vigente ou dominante. Os Estados encontram-se ligados entre si por laços cada vez

¹⁵ BURRIEZA, Ángela Figueruelo; PÉREZ, Marta del Pozo; MARTÍNEZ, María Luisa Ibáñez & ALONSO, Marta León (coords.). *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género*. Granada: Comares, 2008 (Colección “Comares Monografías”). p. 36.

¹⁶ PEÑAFIEL SANZ, Elena. La Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres e hombres. In: ESCALONA, Antonio Nicolás Marchal (coord.). *Manual de lucha contra la violencia de género*. 1. ed. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 297-321 (p. 314).

mais estreitos de índole econômica ou espiritual, sentem cada vez mais a solidariedade que os prende como membros ou participante de uma grande comunidade internacional. Esta posição, a necessidade do recíproco reconhecimento, impede o isolamento político e jurídico¹⁷.

Afirma-se que a proteção dos direitos humanos é matéria obrigatória em todos os âmbitos da vida. Sabe-se que a aparição dos direitos humanos e sua sistematização ocorreram justamente para fazer frente aos abusos cometidos pelo Estado contra o cidadão. Parece meio que paradoxal, pois o Estado, como ente politicamente concebido, deveria realizar esta proteção por meio de leis e mecanismos que garantissem a dignidade da pessoa, mas nem é sempre isso que ocorre. E, particularmente, têm ocorrido graves violações aos direitos das mulheres numa perspectiva de gênero.

Tem-se a convicção de que, como afirmado por Enriqueta Jávega (*apud* BURRIEZA *et al.* 2008), é indispensável interagir com os demais cursos, estabelecendo uma comunicação ágil, atual e claramente interdisciplinar, em que o “direito assuma uma posição de um companheiro de viagem disposto a compartilhar seus conhecimentos e dialogar abertamente com as demais disciplinas”¹⁸.

Destacou com muita propriedade Bravo Rubio (2010) que é preciso observar as disposições da Corte Americana de Direitos Humanos (CADH) como seu principal documento. A Instituição tem um amplo catálogo de documentos que é, todavia, limitado em relação aos direitos das mulheres.

Nesse sentido, o artigo 13 consagra o direito à igualdade formal perante a lei sem referir-se a desigualdades de resultado, e às medidas para combatê-las que são mais importantes em matéria de discriminação contra a mulher. Por outro lado, o texto carece de uma linguagem mais inclu-

17 GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Introdução ao estudo do Direito*. Vol. I. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1990. p. 229.

18 BURRIEZA, Ángela Figueruelo; PÉREZ, Marta del Pozo; MARTÍNEZ, María Luisa Ibáñez & ALONSO, Marta León (coords.). *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género*. Granada: Comares, 2008 (Colección “Comares Monografías”). p. 37.

siva e, pelo contrário, dá ênfase aos direitos essenciais do homem. Assim, as anotações particulares das quais as mulheres tornaram-se objeto de especial proteção são relativas a tarefas atribuídas a elas tradicionalmente, como o exercício da maternidade ou, simplesmente, sua atuação no âmbito familiar, reproduzindo os estereótipos de gênero.

Estas características puderam ser explicadas a partir do momento em que se estabeleceu o Documento Internacional. Em todo o caso, tais falências acabam influenciando de alguma maneira nas decisões que o Tribunal americano toma, até porque tem sido limitado o alcance dos direitos das mulheres¹⁹.

Dentro desse discurso do Direito Internacional, de fato é preciso reconhecer que os direitos da mulher se encontram neste plano, sendo necessário, como indicou Cançado Trindade (2003), o resgate histórico do indivíduo como sujeito do Direito Internacional. O insigne jurista afirmou ainda que não se pode perder de vista os chamados fundadores dos direitos das gentes, os escritos dos autores espanhóis, assim como da obra *grociana*.

No período de formação do Direito Internacional, foi considerável a influência exercida pelos ensinamentos dos grandes mestres, o que é compreensível dada a necessidade de sistematização da matéria. Assim, nos dias atuais, é imprescindível ter presentes tais ensinamentos, em especial os de Francisco de Vitória e Francisco Suárez na formação do Direito Internacional²⁰. Este surgiu embasado na teoria das Escolas germânica e italiana, e despontou como uma reação de inconformismo à ideia do positivismo e do voluntarismo.

19 BRAVO RUBIO, Diana. ¿Que pasó con las mujeres? In: ESTUPIÑÁN, Natalia; TRUJILLO, Mariana Ardila; LÓPEZ, Juana Inés Acosta; CAMARGO, Jimena Sierra; RUBIO, Diana Bravo & OSPINA, Andrés García. *Apuntes sobre el Sistema Interamericano II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010 (Colección “Temas de Derecho Público”, vol. 82). p. 172.

20 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI* – Memória del Seminario de noviembre de 1999. 2. ed. San José de Costa Rica: CIDH, 2003. p. 3-68 (p. 7). Tradução livre do autor.

Auguste Comte (1798-1857) abriu novas vias de pensamento filosófico e social, ao fundar a filosofia positivista e a sociologia. Com elas, repudiava a reflexão metafísica e, em geral, toda a estruturação científica não comprovável por experimentação ou observação²¹.

JURISDIÇÃO DA CORTE INTERNACIONAL. JUSTIÇA COSMOPOLITA

Dentro da esfera de competência das Cortes Internacionais, seja a Europeia, ou Interamericana de Direitos do Homem, destaca-se que nenhum Estado parte deste conglomerado pode restringir a atuação de uma Corte Internacional, sob pena de negar vigência aos Protocolos que assinou e ratificou, sendo uma atitude sem nenhum efeito jurídico. Trata-se do princípio da efetividade das normas de caráter internacional, que devem sobrepujar-se às normas de caráter interno e, principalmente, quando versarem sobre os direitos humanos.

A questão volta-se para o chamado direito interno, e este tem sido muitas vezes insuficiente para a resolução da chamada violência de gênero. A esse respeito, afirmaram Cançado Trindade & Ruiz de Santiago (2003):

(...) com a desmistificação dos postulados do positivismo voluntarista, se tornou evidente que só se pode encontrar uma resposta ao problema dos fundamentos e da validade do Direito Internacional geral na consciência jurídica universal, a partir da afirmação da ideia de justiça objetiva. Como uma manifestação desta última se tem afirmado os direitos do ser humano, emanados diretamente do Direito Internacional e não sujeitos, portanto, a vicissitudes do direito interno²².

²¹ CASTAN TOBEÑAS, Jose. *Humanismo y derecho: el humanismo en la historia del pensamiento filosófico y en la problemática jurídico-social de hoy*. Madrid: Instituto Reus, 1962. p. 47.

²² CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto & RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*. 2. ed. San José de Costa Rica: Acnur, 2003. p. 265. Tradução livre do autor.

A violência contra a mulher está na ordem do dia em todas as partes do planeta. Diversos países sofrem com esse mal, a diferença é que ocorre em maior ou menor escala, dependendo das características e da incidência.

Segundo Camargo (1960), é impossível fazer essa proteção da mulher somente no plano interno e destacou que, de outra parte, o Comitê Interamericano enfoca um grave problema, “sem mencionar a tragédia da democracia na América”, da tradição absoluta do direito escrito com a realidade que atualmente se observa em muitos países americanos.

Com efeito, todas as Constituições estabelecem, como apontou o Comitê, amplas garantias e direitos, mas nem sempre essas garantias e esses direitos são respeitados na prática, donde se conclui, com clareza meridiana, que hoje e por hoje a proteção do direito interno não basta. E mais: diante das conclusões a que se chegou, deve-se pensar em um regime de proteção internacional²³.

Em dezembro de 1952, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, que foi ratificada pela maior parte dos Estados membros das Nações Unidas. O documento tratou de reconhecer e garantir às mulheres cidadãs o direito de votar, de ser eleitas e de desempenhar cargos públicos em condições iguais à dos homens. Assim mesmo, recomendou a promoção dos direitos políticos da mulher através da educação feminina²⁴.

Dois assuntos estão sempre em voga quando se trata de direitos humanos: o *regionalismo* e o seu caráter *internacional*; como ajustar essas duas formas de incidência de tais direitos? Conforme salientou Camargo (1960), os Estados americanos têm reiterado, em mais de uma ocasião, a adesão irrestrita aos direitos humanos adotados na Declaração Universal. Igualmente, constatam-se esforços tanto no âmbito regional como no plano mundial pela adoção de um regime de tutela internacional dos direitos

23 CAMARGO, Pedro Pablo. *La protección jurídica de los derechos humanos y de democracia en América – los derechos humanos y el Derecho Internacional*. México: Excelsior, 1960. p. 233. Tradução livre do autor.

24 CAMARGO, Pedro Pablo. *La protección jurídica de los derechos humanos y de democracia en América – los derechos humanos y el Derecho Internacional*. México: Excelsior, 1960. p. 80. Tradução livre do autor.

humanos, ou seja, há real necessidade de que, quando no plano interno, se esses direitos não estiverem sendo reconhecidos, deva ocorrer a intervenção internacional.²⁵

A razão fundamental para esta postura, ainda segundo Camargo (1960), em relação aos povos do continente americano, é que estes consideram, em termos gerais, que o abrigo dos direitos e das liberdades fundamentais do homem é um assunto que interessa por igual a toda a humanidade, e não exclusivamente a um grupo de nações²⁶.

Como a proteção da mulher é uma questão de direitos humanos no cenário internacional, nas Américas, a partir do Congresso do Panamá, que se realizou em 1826, até a Conferência Interamericana de Caracas, em 1954, tratou-se de estabelecer diretrizes para a proteção dos chamados direitos humanos e, com isso, proceder à proteção da mulher no plano internacional.

Este não é mais um problema de um país ou, mesmo, interno de uma casa de família; constitui-se hoje num problema geral, a sua proteção é vinculada à autoridade moral da Declaração Universal, que contém preceitos de ordem geral a ser delineados pelo direito interno de cada nação. Camargo (1960) também destacou:

A citada Declaração Universal dos Direitos Humanos que foi traduzida para diversos países e línguas do mundo e à qual é uma fonte valiosa de doutrina jurídica que inspirou acordos, alegações, constituições, sentenças, resoluções e tratados, [tudo] constitui “o necessário protesto contra milhares de anos de opressão e exploração do homem pelo Estado, grupos ou outros indivíduos” e, segundo o próprio tempo, uma

25 No que se refere a esta intervenção, estamos a falar de inebriação dos Protocolos Internacionais ao direito interno, que deve ceder lugar a proposições que visem a resguardar os direitos humanos que são vistos de forma Universal e alcançam todos os povos.

26 CAMARGO, Pedro Pablo. *La protección jurídica de los derechos humanos y de democracia en América – los derechos humanos y el Derecho Internacional*. México: Excelsior, 1960. p. 182. Tradução livre do autor.

ratificação do plano mundial dos direitos e liberdades fundamentais do homem²⁷.

A mulher encontra-se em uma situação de vulnerabilidade e desigualdade na relação com o gênero masculino, inclusive por razões históricas. É por este motivo que a *violência de gênero* ocorre contra a mulher, e explica-se: no âmbito sociológico e internacional só a mulher pode ser vítima de *violência de gênero*, por isso a necessidade de *leis afirmativas* para a correção dessas distorções.

Louva-se a promulgação da Lei Maria da Penha, que entrou no cenário jurídico brasileiro por determinação internacional, em que se constatou que a mulher necessitava prementemente de mecanismos, e aqui falamos de lei, para a sua proteção, visando a erradicação da violência que permeia todos os estados da vida das mulheres.

Interessante nota o afirmado pela Advogada-Geral da União sobre a Lei Maria da Penha: A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), cuja constitucionalidade foi analisada pelo Supremo, argumentou que a lei não ofende o princípio da igualdade por ser direcionada às mulheres e viu os argumentos da União serem acolhidos por unanimidade pelos ministros do STF.²⁸

Infelizmente, o direito penal tem ido por um caminho inverso, dando margem a outras interpretações. Estas vêm de características que remontam a uma realidade ímpar que só a mulher pode passar. Ela sofre a violência por ter nascido mulher, e não por outra razão. Portanto, qualquer outra interpretação que as leis positivas poderiam estender por analogia a outros grupos para proceder à sua proteção não deveriam ocorrer, sob pena de descaracterizar a natureza sociológica e histórica a que se propõe.

27 CAMARGO, Pedro Pablo. *La protección jurídica de los derechos humanos y de democracia en América – los derechos humanos y el Derecho Internacional*. México: Excelsior, 1960. p. 73. Tradução livre do autor.

28 Disponível em: <https://www.jota.info/justica/quem-e-grace-mendonca-primeira-advogada-geral-da-uniao-11092016>. É significativo que uma mulher ocupando tão importante cargo possa dar voz as mulheres.

Em diversos artigos da seara jurídica com as quais se manteve contato²⁹, em que se afirma ser possível esta aplicação, ousa-se discordar por todas as razões aqui expostas e ainda mais por estarem em desacordo com os Protocolos e as Leis Internacionais.³⁰

Todavia, se um homem for vítima de violência familiar ou no âmbito geral, deve se socorrer de outros instrumentos para punir o autor, seja este homem, seja mulher, quer no âmbito civil, quer no penal, bem como outros instrumentos ordinários. Jamais uma lei que vise à proteção por gênero, já que a mesma foi concebida historicamente para a proteção da mulher.

Na conferência de Pequim, foi estabelecida a potencialização do papel da mulher em sociedade, fazendo um resgate de toda a discriminação sofrida ao longo dos anos e o viés patriarcal a que muitas mulheres estão submetidas, daí a necessidade de sua proteção no âmbito internacional.

La plataforma de acción es un programa encaminado a crear condiciones necesarias para la potenciación del papel de la mujer en la sociedad. Tiene por objeto (...) eliminar todos los obstáculos que dificultan la participación activa de la mujer en todas las esferas de la vida pública y privada mediante una participación plena y en pie de igualdad en el proceso de adopción de decisiones en las esferas económica, social, cultural, y política³¹.

29 O renomadíssimo Professor Luís Flávio Gomes, que inclusive prefaciou uma das obras do autor desse livro, em artigo publicado, fez a indagação: é possível a aplicação de uma medida protetiva da Lei Maria da Penha em favor de um homem? O professor citou, inclusive, uma decisão de um magistrado do *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios* (TJDFT), em que a lei foi aplicada em favor de um homem. Ousa-se discordar do renomado professor. A mulher deve, sim, ser punida e toda a legislação ser colocada a favor do homem para fazer valer seu direito, mas utilizar uma lei de gênero para fazê-lo é negar todo o caráter sociológico a que a mesma se propõe, ocasionando uma inversão de valores sem precedentes. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/11/30/lei-maria-da-penha-em-favor-dos-homens-por-que-nao/>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2014, às 9h30, de Strasbourg-França.

30 Segundo a normativa internacional, como se trata de uma lei de gênero, a Lei Maria da Pena, deve ser aplicada somente para mulheres. Se o homem for depositário destas disposições, provocará mais desigualdades no campo sociológico.

31 Material disponível na íntegra no seguinte endereço eletrônico: ><http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/equality_between_men_and_women/c11903_pt.htm Acesso em: 28 de fevereiro de 2014, às 12h45, de Strasbourg-França.

Vários antecedentes ocorreram para garantir o fim da discriminação contra as mulheres, dentre eles a *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, em 1979, quando os Estados se comprometeram a garantir instrumentos de ações positivas que possam incorporar o princípio da igualdade em seus ordenamentos legais³².

A Conferência de Nairóbi, em sua recomendação número 19, testificou a necessidade de instrumentos que visem a diminuir a desigualdade entre homens e mulheres. Quando se aplica a mesma lei que foi concebida para a proteção da mulher ao homem, nega-se o viés patriarcal que a sociedade mesma impôs, ocasionando mais desigualdade, pois a negativa dessa realidade se dá tanto no aspecto sociológico quanto no histórico.

La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.

El artículo 1 de la Convención define la discriminación contra la mujer. Esa definición incluye la violencia basada en sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños, coacción y otras formas de privación de la libertad³³.

A Conferência de Pequim, no seu dispositivo 118, estabeleceu de forma cristalina essa relação de dominação agravada por um governo que sempre age de forma a não elaborar políticas, quer sociais, quer no plano legislativo, que visem a coibir a discriminação contra a mulher.

La violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y

32 DELGADO ÁLVAREZ, Carmen. Raíces de la violencia de género. In: ESCALONA, Antonio Nicolás Marchal (coord.). *Manual de lucha contra la violencia de género*. 1. ed. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 43-64 (p. 70).

33 Dados disponíveis na íntegra no seguinte endereço eletrônico: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/igualdade_genero_262.pdf>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2014, às 12h50, de Strasbourg-França.

hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana esencialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad. La violencia contra la mujer se ve agravada por presiones sociales, como la vergüenza de denunciar ciertos actos, la falta de acceso de la mujer a información, asistencia letrada o protección jurídica; la falta de leyes que prohíban efectivamente la violencia contra la mujer; el hecho de que no se reformen las leyes vigentes; y la falta de medios educacionales y de otro tipo para combatir las causas y consecuencias de la violencia. Las imágenes de violencia contra la mujer que aparecen en los medios de difusión, en particular las representaciones de la violación o la esclavitud sexual, así como la utilización de mujeres y niñas como objetos sexuales, y la pornografía, son factores que contribuyen a que se perpetúe esa violencia, que perjudica a la comunidad en general, y en particular a los niños y los jóvenes³⁴.

Esta realidade é alarmante. Segundo Santiago (2007), dados da OIT informam que, em 1998, numa escala mundial, 67% de todas as mulheres compreendidas entre 20 e 54 anos eram economicamente ativas. No ano de 2010, espera-se que essas cifras alcancem os 75%. Assim, reflète esta organização que existem desigualdades de gênero em situação ocupacional e em qualidade dos empregos realizados por homens e mulheres. As mulheres geralmente trabalham o mesmo tempo, mas os homens têm empregos onde são mais bem pagos e têm mais segurança³⁵.

34 Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2014, às 15h10, de Strasbourg-França.

35 FERNÁNDEZ SANTIAGO, Pedro. *Violencia familiar: la visión de la mujer en casas de acogida*. 1. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 77. Tradução livre do autor.

Os dados internacionais da violência contra a mulher revelam-se, como dito, preocupantes. El Salvador ocupa a primeira posição em taxas de homicídio contra a mulher, respondendo com 10.3% de mortes para cada 100 mil mulheres. Seguido por Trinidad e Tobago, com 7.9 %; Guatemala, 7.9%; Rússia, 7.1%; Colômbia, 6.2%; Belize, 4.6% e Brasil, com 4.4%. Os dados pesquisados variam de 2008 a 2010, sendo o Brasil alocado em 2010. A Espanha registrou, em 2009, 0.3%, ficando em 74^o lugar, e a França, 0,4%, em 2008, ocupando a 68^a posição. Apenas a título de informação, a Islândia registrou 0.0% de homicídios contra a mulher em 2009³⁶.

Dentro da sociedade, nenhuma mulher comete crime contra um homem por este ser homem. As razões desse tipo de violência são outras, assim também quando uma irmã ataca outra irmã. São matizes diferentes. Por esta razão, quando se comete um crime, dependendo do seu autor, ocorre variação na sua forma de análise conceitual.

Nunca é demais lembrar que a mulher não sofre violência porque está no âmbito doméstico ou no âmbito familiar; ela sofre violência por ser mulher, de maneira que estar nessa situação é fruto de uma concepção histórica, não se podendo ter uma visão reducionista do problema. A mulher sofre violência por múltiplos fatores, quer no âmbito privado quer no público.

O discurso internacional contra a violência de gênero teve um grande respaldo na Conferência de Pequim, em 1995, quando houve avanços e definições: “Como todo ato de violência sexista que tem como resultado possível e real um dano de natureza física, sexual, psicológica, incluindo ameaças na vida pública e na vida privada”. Essa violência é baseada na superioridade de um sexo sobre o outro e que tenha, por consequência, um dano físico, sexual ou psicológico.

Constantemente, as manifestações dos órgãos das Nações Unidas, quando chamadas a intervir em situações concretas, procedem a recomendações aos países para que deliberem ações legislativas visando à di-

36 Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/portall/>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2014, às 10h15, de Strasbourg-França.

minuição da discriminação contra as mulheres. Também o fazem as Cortes Internacionais quando analisam casos concretos lhes são apresentadas.

CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO ÀS MULHERES. UM PASSEIO OBRIGATÓRIO.

Outra importante conquista ocorreu em janeiro de 1957: a Assembleia Geral aprovou a Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher Casada, com a finalidade de eliminar os conflitos da lei e da prática em matéria de nacionalidade quando se tratasse de disposições da perda da nacionalidade da mulher como resultado do matrimônio, de sua dissolução e a mudança da nacionalidade do marido durante o matrimônio. A referida convenção estipulou que o matrimônio com um estrangeiro não afeta automaticamente a nacionalidade da esposa e assinalou documentos especiais de privilégio para a naturalização da mulher que quisesse adquirir a nacionalidade do seu marido³⁷.

No artigo 3º do projeto do Pacto, os Estados se comprometem a garantir a homens e mulheres a igualdade, de forma que ambos gozem de todos os direitos civis e políticos enunciados no referido ajuste. Este princípio constitui a declaração de um direito fundamental, segundo o qual o Pacto adquire um caráter de norma jurídica internacional. Sua finalidade é garantir eficazmente os direitos humanos contra a “discriminação por motivos de sexo” e consagrar a igualdade jurídica entre homens e mulheres.

Como advertiu a Secretaria-Geral das Nações Unidas sobre os projetos de Pactos Internacionais de Direitos Humanos, os artigos contêm um princípio de Justiça elementar, qual seja, a igualdade de direitos em um mundo no qual se segue negando os direitos da mulher em muitos países adiantados³⁸.

37 CAMARGO, Pedro Pablo. *La protección jurídica de los derechos humanos y de democracia en América – los derechos humanos y el Derecho Internacional*. México: Excelsior, 1960. p. 80-81. Tradução livre do autor.

38 CAMARGO, Pedro Pablo. *La protección jurídica de los derechos humanos y de democracia en América – los derechos humanos y el Derecho Internacional*. México: Excelsior, 1960. p. 108-109. Tradução livre do autor.

O relatório final da Conferência de Pequim foi assinado por 189 países, os quais concordaram com as plataformas de soluções que deveriam ser adotadas pelos países como forma de combater a violência contra as mulheres. Foram aprovadas 12 recomendações. São elas:

- 1 - a pobreza que pesa sobre a mulher;
- 2 - o acesso desigual à educação;
- 3 - a mulher e a saúde;
- 4 - a violência contra a mulher;
- 5 - os efeitos dos conflitos armados sobre a mulher;
- 6 - a desigualdade em relação à mulher na participação das estruturas de poder;
- 7 - a desigualdade nas decisões de poder e nas demais decisões;
- 8 - a falta de mecanismos do exercício para promover a mulher;
- 9 - a falta de reconhecimento dos direitos humanos da mulher no plano internacional;
- 10 - a mobilização insuficiente dos meios de informação para promover a contribuição da mulher em sociedade;
- 11 - a falta de reconhecimento da contribuição da mulher na gestão dos recursos naturais e do meio ambiente;
- 12 - as meninas.

Outras Conferências Internacionais que abordaram a questão da violência contra as mulheres foram a Conferência das Nações Unidas no México, em 1975, Copenhague, em 1980, Nairóbi, em 1985, e Pequim, em 1995. No caso específico da Conferência do México, o documento estabeleceu:

A los efectos de la presente convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural e civil o en cualquier otra esfera. Art. 1º.

Os eventos mundiais que tiveram assento e se tornaram de grande importância para o levantamento da problemática mundial foram os seguintes: em 1993, a Conferência Mundial para os Direitos Humanos, com sede em Viena, na Áustria; após, a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, em 1994; e finalmente, em 1995, a Conferência Mundial das Mulheres, realizada em Pequim.

Segundo testificou Pablo Camargo (1960), depreende-se da corrente de diversos doutrinadores de os seis artigos relativos aos direitos humanos da Carta de São Francisco não são meros princípios orientadores, e sim normas jurídicas exigíveis, contrariando o pensamento de Hans Kelsen, de acordo com o qual tais regulações não constituiriam normas obrigatórias³⁹.

Verificou-se que, a partir da Conferência de Pequim, teve início a discussão de um problema de ordem linguística, registrado por Delgado Alvarez (2010):

Se estaba negando el derecho a existir lingüísticamente a un concepto nuevo: el concepto de que la violencia sufrida por las mujeres, ni es doméstica, ni es familiar, ni es de pareja. Éstos pueden ser – en todo caso – ámbitos en los que se manifiesta; pero el reduccionismo lingüístico de designar la parte por el todo. Indivisibilizar su carácter ideológico simplemente eliminará su existencia conceptual⁴⁰.

Portanto, certa foi a afirmação de Michael Rosenfeld, citado por Maldonado (2008), quando declarou: “A tese de que a igualdade constitucional é genuinamente central em seu próprio âmbito, porém, sua reconstrução é necessária para entender de forma adequada sua evasividade e revelar seu lugar dentro emaranhado institucional delimitado pelo consti-

39 CAMARGO, Pedro Pablo. *La protección jurídica de los derechos humanos y de democracia en América – los derechos humanos y el Derecho Internacional*. México: Excelsior, 1960. p. 67. Tradução livre do autor.

40 DELGADO ÁLVAREZ, Carmen. Raíces de la violencia de género. In: ESCALONA, Antonio Nicolás Marchal (coord.). *Manual de lucha contra la violencia de género*. 1. ed. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 43-64 (p. 45).

tucionalismo”. Há uma abordagem considerando que homens e mulheres são iguais como seres humanos, porém, até certo ponto têm necessidades e aspirações diferentes e, de acordo com isso, homens e mulheres têm de ser tratados de igual forma em proporção às suas diferentes necessidades e aspirações, para se alcançar o necessário e o constitucionalismo limite o poder do governo, a aderência ao Estado de Direito e a proteção dos direitos fundamentais⁴¹.

O Estado de Direito viu-se reforçado pelo conteúdo da Carta de Paris para uma Nova Europa, onde se prevê uma era de democracia, paz e unidade, retratando que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são patrimônio de todos os seres humanos, considerados inalienáveis e garantidos por lei. Sua proteção e seu fomento constituem a primeira responsabilidade dos governos; seu respeito é uma salvaguarda essencial contra um excessivo poder do Estado; sua observância e seu pleno exercício configuram a base da liberdade, da justiça e da paz, e, neste ponto, os direitos humanos são irrevogáveis.

Esses direitos fundamentais estão estampados na Declaração de Teerã, de 1968. Como destacou Bauer (1997), em Teerã, no ano citado, realizou-se a Conferência Internacional de Direitos Humanos para comemorar o 20º aniversário da Declaração Universal e, sem nenhuma oposição, aprovou-se o seguinte texto: “A Declaração Universal de Direitos Humanos enuncia uma concepção comum a todos os povos, os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana e a declara obrigatória para a comunidade internacional”⁴².

A incidência do fenômeno da violência contra a mulher é constatada em todos os agrupamentos sociais, não sendo privilégio de sociedades menos ou mais aculturadas, tanto que, ultimamente, a comunidade internacio-

41 MALDONADO, Altemio González. La dignidad y la igualdad de género. In: MÉNDEZ-SILVA, Ricardo (coord.). *Derecho Internacional de los derechos humanos. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. T. II. México: Universidad Autónoma de México, 2008. p. 404.

42 GARCÍA BAUER, Carlos. *Los derechos humanos en América*. Guatemala City: Tipografía Nacional, 1997. p. 106. Tradução livre do autor.

nal tem acompanhado o desenvolvimento da atividade legislativa para que haja uma legislação eficaz de combate a todo tipo de discriminação envolvendo gênero e propondo uma igualdade entre homens e mulheres. Assim, diversas conferências internacionais têm dado diretrizes para esta planificação, impulsionando legislações locais ao enfrentamento do problema.

Um dos documentos mais importantes nessa luta contra a violência sobre a mulher surgiu em Belém do Pará, no Brasil, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em 9 de junho de 1994. No Brasil, por meio de Decreto Legislativo n. 107/95, e posteriormente do Decreto n. 1973, de 1 de agosto de 1996, passou a ter vigência em território nacional.

Essa Convenção reconheceu expressamente a violência de gênero e admitiu que as mulheres têm direito a viver sem violência, ao mesmo tempo que estabeleceu uma lista de deveres dos Estados, afirmando a mulher como sujeito de direito diante da legislação e alertando a comunidade internacional de que deve estar atenta, dentro da legislação interna, para promulgar leis direcionadas à erradicação da violência de gênero.

A referida Conferência, em seu artigo 3º, destacou que toda a mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto no âmbito público como no âmbito privado. Ou seja: em 1994, já não se realizava distinção da violência sofrida pela mulher, devendo a lei fazer sua proteção integral.

A Convenção em destaque, muito acertadamente, na sua parte preambular, evidenciou que a mulher persuadida de sua responsabilidade histórica deve fazer frente a essa situação para procurar soluções positivas. Além disso, enfatizou que a situação da mulher na América Latina tem um caráter generalizado, sem distinção de raça, classe, religião e idade ou qualquer outra condição⁴³. Diversos países latino-americanos têm voltado suas atenções para este tipo de violência, promulgando leis internas para o controle e a erradicação da violência contra a mulher, atendendo aos anseios da comunidade internacional.

43 Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Convenção de Belém do Pará, de 9 de junho de 1994.

Quanto a esse documento da maior importância, importa verificar o observado por Bravo Rubio (2010), ao afirmar que o referido documento constitui importante aporte para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) para lograr êxito na proteção e na igualdade dos direitos humanos das mulheres, em que se declara explicitamente que a violência contra a mulher é uma violação aos direitos humanos. E destacou que sua eficácia e seu acatamento por parte dos Estados têm sido bastante restringidos e que sua aplicação em casos contenciosos por parte da Corte tem sido quase nula⁴⁴.

Denota-se que, desde 1995, quando se realizou a citada convenção, traçou-se a competência da Corte, levando-se em consideração a tendência, que já se demonstrava, que todo o complexo de leis de proteção à mulher deve ter por objetivo abraçar o gênero, que é a causa antecedente das discriminações e onde se centram todas as questões de índole material que impedem que a mulher tenha e goze plenamente os direitos humanos que todos devem respeitar.

Deve-se reconhecer que, conforme estabelece o artigo 5º da referida Carta de Belém do Pará:

(...) toda mulher poderá exercer livre e plenamente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e contará com a total proteção desses direitos consagrados nos instrumentos regionais e internacionais sobre os direitos humanos. Os Estados partes reconhecem que a violência contra a mulher impede e anula o exercício desses direitos.

Andou bem a citada Convenção quanto ao seu conteúdo em relação à violência que se quer erradicar, afirmando que a violência contra a mulher constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente a mulher ao reconhecimento e ao gozo do exercício de tais direitos e liberdades.

44 BRAVO RUBIO, Diana. ¿Que pasó con las mujeres? In: ESTUPIÑÁN, Natalia; TRUJILLO, Mariana Ardila; LÓPEZ, Juana Inés Acosta; CAMARGO, Jimena Sierra; RUBIO, Diana Bravo & OSPINA, Andrés García. *Apuntes sobre el Sistema Interamericano II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010 (Colección "Temas de Derecho Público", vol. 82). p. 173.

O artigo 1º diz textualmente:

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Artigo 2º

Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica:

- a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;
- b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e
- c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

Portanto, pelo que se verifica na referida Convenção, está muito bem delineada a violência contra a mulher no âmbito tanto privado como público, ou seja, desde a referida Convenção, já se tem há a muito tempo a concepção de gênero⁴⁵.

Sobre o assédio sexual é importante a “denúncia”, para que tal prática seja punível. Nos Estados Unidos da América, texto de Isabella D’Ercolle e Lucy Allen destaca que: “É preciso voltar o filme e visitar duas cenas para entender o atual momento de Hollywood – em que se comemora o fortale-

45 Neste texto não se enfrenta a questão levantada por movimentos GLTB. Enfrentamos tal assunto em nosso livro: O Gênero no Direito Internacional, onde se é possível a aplicação da Lei Maria da Penha a pessoas do mesmo sexo que tenham convivência conjugal. A própria jurisprudência brasileira, inclina-se para a possibilidade de tal aplicação.

cimento do feminismo em uma área até então deficitária em se tratando de posicionamento. Primeiro, rebobine até 05 de outubro do ano passado, uma quinta feira em que a chamada mais chocante do jornal americano *The New York Times* era a denúncia de atrizes contra o produtor milionário Harvey Weinstein,⁴⁶ por assédio sexual.⁴⁷ Tal citação demonstra que somente com a “denúncia” formal às instâncias formais de controle teremos o combate efetivo a este tipo de violência, em qualquer parte do planeta.

Mesmo que a violência ocorra no âmbito familiar, a mulher não deve ter receio em procurar ajuda para a solução do problema, que quase sempre está muito próximo de nós.

Outro fator que demonstra o processo de desigualdade em que se encontra a mulher está nos dados da ONU, em 1995, citado por Duran e confirmado por Delgado Álvarez (2010), onde se ratificou que 52% das horas trabalhadas no planeta são gastas por mulheres, que os títulos de propriedade estão registrados em nome 99% dos homens e que; de todo dinheiro que circula no planeta, 90% estão nas mãos dos homens⁴⁸. Tem-se aqui um dos nascedouros de toda a discriminação que sofre a mulher: a questão da distribuição de renda, isto já havia sido preconizado por Simone de Beauvoir⁴⁹ quando fomentava que o trabalho seria a forma de dignificar a mulher.

No que se refere à economia, a participação da mulher torna-se essencial para que o processo de igualdade se firme. É frequente dizer que a economia vai bem porque se tem criado mercado de trabalho. Porém, para se entender bem o diagnóstico, esse argumento parece equivocado, se-

46 Referido diretor foi responsável, nada mais nada menos, pelos filmes Shakespeare Apaixonado e Os Oito Odiados.

47 Texto de Isabella D’Ercole e Lucy Allen/The Interview People. Disponível em Claudia. Editora Abril, p. 98.

48 DELGADO ÁLVAREZ, Carmen. Raíces de la violencia de género. In: ESCALONA, Antonio Nicolás Marchal (coord.). *Manual de lucha contra la violencia de género*. 1. ed. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 43-64 (p. 50).

49 Simone Lucie-Ernestine-Marie Bertrand de Beauvoir. Somente uma breve citação à grande escritora. Neste brevíssimo artigo, impossível citar a grande contribuição para a igualdade de gênero que propôs a autora francesa, nascida em Paris em 09 de janeiro de 1908 e falecida em 14 de abril de 1986, também na capital francesa.

gundo as palavras de Isidre Molas (2004), porque comporta dizer que o fenômeno conjuntural depende diretamente da marcha global da economia. E tudo indica que o mesmo ocorre com o fenômeno estrutural integrado no coração da nova sociedade. Se for admitido que o fenômeno estrutural do trabalho estabelece o socialmente dignificado e que há uma zona de superposição de situações intermediárias, parece evidente que o amplo espaço das novas desigualdades exige uma atenção particular por parte daqueles que as analisam com a vontade de eliminá-las e de criar políticas compensatórias⁵⁰.

Todas essas manifestações de discriminação contra a mulher são aceitas e toleradas pelo Estado quando não se implementam medidas de caráter efetivo para a solução da problemática. O fato de a maioria dos legisladores ser do gênero masculino faz com que se crie a *mentalidade* míope de que o problema não é sentido por aqueles que legislam. Enquanto a mulher não ocupar um espaço maior na vida política das soberanias, estas conquistas dificilmente virão.⁵¹

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos traçou, dentro do Sistema Interamericano, estratégias para a proteção dos direitos humanos com *ações negativas* e *ações positivas*. As *ações negativas* visam a obter, por parte do Estado, a sua não interferência na vida do cidadão, deixando-o livre para prover a sua vida e a respectiva regulação.

Em algumas sociedades, quanto mais livre o ser humano, melhor. Essas *ações positivas* tiveram origem nos Estados Unidos da América e se estenderam a outros países. É necessário somente que tenha cuidado para que tais ações não se transformem em novos motivos de discriminação, criando um ciclo vicioso interminável.

50 MOLAS, Isidre. *Por un nuevo pacto social*. Barcelona: Meditterania, 2004. p. 21-22.

51 Faz-se um registro. Atualmente, no Brasil, na esfera judiciária. O Supremo Tribunal Federal atualmente é presidido por uma mulher, assim como a Procuradoria-Geral da República e a Advocacia-Geral da União. Carmem Lúcia, Raquel Dodge e Grace Mendonça, respectivamente. O que representa um avanço significativo no espaço público, que deve ter a mulher participando das decisões importantes que atravessa o país.

Mas o que seria o Sistema Interamericano de Direitos Humanos? Camargo (1960) citou a definição de Antonio Gómez Robledo: “uma ordem jurídica de livre cooperação entre as repúblicas no Novo Mundo, cooperação que só se torna compulsória⁵² em virtude de compromissos recíprocos voluntários, dentre os quais está a Carta de Organização dos Estados Americanos e o Tratado Americano de Assistência Recíproca”⁵³.

É importante frisar o caráter de que se reveste a proteção internacional dos direitos humanos e sua intangibilidade jurisdicional. A esse respeito, o Professor Cançado Trindade (2003) observou que, uma vez examinada a cláusula pétrea da proteção internacional dos direitos humanos atinente ao acesso dos indivíduos (direito de petição) à Justiça em nível internacional, passa-se à consideração de outra cláusula pétrea, a saber: a intangibilidade da jurisdição obrigatória dos direitos internacionais – Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos – a qual não admite limitações que estão expressas nos conteúdos dos respectivos Tratados de proteção (artigo 46 da Convenção Europeia, texto original, e artigo 62 da Convenção Americana)⁵⁴.

Todavia, essa não interferência em uma sociedade eminentemente patriarcal tem sido questionada pelos grupos de direitos humanos, visto que todas as ações perpetradas durante séculos, com o transcorrer do tempo e pelo fato de possuírem um viés patriarcal, muitas vezes passam despercebidas e, por trás, escondem todo um ranço discriminatório em relação à mulher. Daí a necessidade de intervenção.

Não se pode esquecer de que, consoante o artigo 6º da Convenção

52 Quando se afirma “compulsória”, significa que os Estados partes devem proceder à criação de leis e mecanismos internos que visem à proteção integral da mulher.

53 CAMARGO, Pedro Pablo. *La protección jurídica de los derechos humanos y de democracia en América – los derechos humanos y el Derecho Internacional*. México: Excelsior, 1960. p. 186. Tradução livre do autor.

54 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos*. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI – Memória del Seminario de noviembre de 1999*. 2. ed. San José de Costa Rica: CIDH, 2003. p. 3-68 (p. 19). Tradução livre do autor.

de Belém do Pará, que menciona os direitos da mulher, é seu direito ser valorada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e práticas sociais e culturais baseadas em conceitos de inferioridade ou subordinação.

Acrescente-se que ambas são necessárias ao fiel cumprimento de proteção dos direitos humanos das mulheres. Segundo Faroppa Fontana (2011), é importante destacar que as ações do Estado em matéria de segurança incorporam-se exclusivamente entre as *ações negativas*.

Não obstante, a permanente evolução dos direitos humanos permite atualmente incluir também, dentro das obrigações estatais no campo da segurança dos cidadãos, as *obrigações positivas*, a partir das quais a institucionalidade estatal deve, mediante uma gestão proativa, gerar condições que favoreçam e possibilitem o exercício dos direitos humanos comprometidos em situações de violência e criminalidade⁵⁵.

Embora as *ações positivas* possam sofrer críticas de alguma parcela da sociedade, não há dúvida de que elas merecem atenção não só porque visam a buscar a igualdade⁵⁶ entre os seres humanos, mas, acima de tudo, porque procuram dissipar todo um processo de discriminação da sociedade patriarcal.

No plano internacional, surgem diversas tentativas de construir um novo paradigma para a solução da problemática. Faroppa (2011) destacou que surgiram novos esforços baseados no conceito de segurança cidadã, em que o centro de atenção é a pessoa.

A segurança diante do delito e a violência se constroem associadas à ideia de ampliação dos espaços para o exercício da cidadania democrática que está intimamente ligada ao reconhecimento e ao exercício dos direitos humanos. E o jurista uruguaio continuou: a política de segurança dos

55 FONTANA, Juan Faroppa. Respuestas policiales eficaces para la prevención y control de la delincuencia y la protección de las víctimas del delito. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n. 54, p. 113-124, San José de Costa Rica, julio/diciembre, 2011. p. 115. Tradução livre do autor.

56 Quando se fala de igualdades, a ideia é tratar de oportunidades. Neste aspecto, não deve haver nenhuma discriminação sob pena de afrontar as convenções internacionais que visam a erradicar a discriminação contra a mulher.

cidadãos não se concebe como um conjunto de obrigações do Estado de promoção, proteção e defesa dos direitos humanos, e aquelas situações que se envolvem nas ações relativas à prevenção e ao controle da violência do delito⁵⁷.

Dentro dessa prevenção clássica do delito, cita-se Cortés (2013) quando destacou a *prevenção primária*, considerada como a genuína prevenção, que orienta as causas, a gênese do delito, “para neutralizá-lo antes que o próprio problema se manifeste” (GARCÍA-PABLOS MOLINA, 1997⁵⁸). Atuando a médio e longo prazo, reúne todas as estratégias dirigidas ao público em geral, que buscam reduzir as causas do delito de forma global, melhorando as condições de segurança coletiva e de bem-estar no seu entorno (SUMALLA *apud* CORTÉS, 2013).

Concretamente, o autor referia-se a políticas sociais, econômicas e culturais que interferem em aspectos como educação, trabalho e bem-estar social, qualidade de vida e igualdade de oportunidades dirigidas a todos os cidadãos, o que equivaleria, segundo Bueno Arus (*apud* CORTÉS, 2013), à política social do Estado⁵⁹.

A *prevenção secundária*, em segunda escala, entra para atuar quando se manifesta, se exterioriza o fenômeno criminal, operando a curto e médio prazo, e se orienta nas intervenções, com respeito a determinados grupos em risco, por predisposição ao cometimento do delito.

(...) por razões os sujeitos a quem se dirige podem ter este tipo de prevenção como seletiva. A diferença da prevenção primária que se marca dentro de uma política social, a inter-

57 FONTANA, Juan Faroppa. Respuestas policiales eficaces para la prevención y control de la delincuencia y la protección de las víctimas del delito. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 54, p. 113-124, San José de Costa Rica, julho/diciembre, 2011. p. 114. Tradução livre do autor.

58 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología: introducción a seus fundamentos*. Tradução de Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1997.

59 CORTÉS, Lina Mariola Díaz. La prevención situacional. In: CORTÉS, Lina Mariola Díaz & ÁLVAREZ, Fernando Pérez (coords.). *Introducción a la criminología*. Salamanca: Ratio Legis, 2013. p. 237-247 (p. 237).

venção neste nível tem uma linha direta com a prevenção do crime e o reforçamento da segurança do cidadão através de políticas legislativas e de ação policial (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 1997)⁶⁰.

A *prevenção terciária*, classificada como mais punitiva, aplica-se posteriormente ao cometimento do delito, orientando-se aos delinquentes que já tenham sido apenados com o fim de reduzir sua reincidência e o dano que se regenera por sua atividade delitiva. Partindo do conceito anterior, caracteriza-se pelo fato de que as normas e a eleição dessas normas devem estar orientadas para a ressocialização do indivíduo que cumpre a pena e, como observado por Bueno Arus (*apud* CORTÉS, 2013), envolve atividades de tratamento penitenciário, encaminhadas para orientar a mudança de atitudes daquele que cumpre a pena⁶¹.

Deve haver uma perfeita interação entre as Convenções Internacionais e a assimilação pelos Estados partes que vierem a ratificar as ditas recomendações, já que o objeto da lei é atuar como um marco preventivo que vise a erradicar a violência de gênero, combatendo atitudes discriminatórias, inclusive por *ações negativas*⁶² do direito interno, que, com a inércia, provocam um abismo ainda maior entre homens e mulheres.

O reconhecimento desse direito passa inegavelmente pelo Estado de Direito, em que se reconhece a autolimitação do Estado.

Importante a reflexão de Ansuátegui Roig (2004) a esse respeito, segundo a qual convém recordar que existem fortes vínculos conceituais entre a ideia de Estado de Direito e a democracia. Para se entender essa conexão, possivelmente será necessário fazer referência a um terceiro

60 CORTÉS, Lina Mariola Díaz. La prevención situacional. In: CORTÉS, Lina Mariola Díaz & ÁLVAREZ, Fernando Pérez (coords.). *Introducción a la criminología*. Salamanca: Ratio Legis, 2013. p. 237-247 (p. 238).

61 CORTÉS, Lina Mariola Díaz. La prevención situacional. In: CORTÉS, Lina Mariola Díaz & ÁLVAREZ, Fernando Pérez (coords.). *Introducción a la criminología*. Salamanca: Ratio Legis, 2013. p. 237-247 (p. 238).

62 Entenda-se por ações negativas a atitude do Estado parte ao não aderir às normas de Direito Internacional e não promulgar leis que visem a acabar com a discriminação.

elemento, constituído pelos direitos fundamentais. Existe uma vinculação cronológica entre Estado de Direito e Direitos Fundamentais, vinculação essa que bem se articula mediante o processo em sentido inverso, pertencentes à mesma dinâmica.

A história do Estado de Direito tem sido entendida como a história de uma progressiva minimização do poder por via de sua regulação jurídica. Essa redução das potencialidades do poder transita de forma paralela a uma progressiva ampliação dos âmbitos materiais e pessoais, protegidos através dos direitos⁶³.

Sobre essa limitação, Peces-Barba & Ramiro Áviles (2004) comentaram que o império da lei na Constituição servirá para limitar todos os poderes, incluindo o poder dos próprios indivíduos, ademais, porque a ideia de pacto social supõe a limitação do poder de cada um para criar o poder político, que a Constituição organizará e limitará.

A cultura do constitucionalismo incluiu a ideia de *servi legis sumus ut liberi esse possumus*. Assim, essa velha ideia estoica de que *somos servos da lei para que possamos ser livres* se incorporará ao acervo normativo com a proposta de Montesquieu de que a liberdade consiste em fazer o que as leis permitem porque, se o sujeito pudesse fazer o que proíbem, todos teriam esse poder, e aí não haveria liberdade⁶⁴.

Os estudos do Comitê Jurídico Interamericano sobre a relação jurídica entre o respeito aos direitos humanos e o exercício da democracia são de fato esteios nessa relação do Brasil com outros países do bloco para a salvaguarda dos direitos humanos e, conseqüentemente, da mulher.

Como afirmado por Llorente (*apud* YAGÜE & OCHAÍTA, 2000), antes de tudo, no mundo ocidental contemporâneo e quiçá mais amplamente

63 ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. La relación entre el derecho y el poder: reflexiones a partir del modelo constitucional. In: PECES-BARBA MARTÍNÉZ, Gregorio & RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel (coords.). *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 477-502. Tradução livre do autor. p. 480.

64 PECES-BARBA MARTÍNÉZ, Gregório & RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel (coords.). *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 45.

no mundo inteiro, o único princípio de legitimidade com vigência real é o princípio democrático, que, necessariamente, há de apresentar-se a si mesmo como produto de um poder democraticamente legitimado, marco idôneo para a realização da democracia⁶⁵. Todavia, as mulheres, dentro da democracia, seguem suportando um nível considerável de desigualdade em relação ao homem e sofrendo em termos gerais as limitações e cargas adicionais que derivam do gênero feminino⁶⁶.

Importante protocolo foi a II Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos, que se realizou em Viena, no ano de 1993, reafirmando os predicados de que os direitos humanos têm seu suporte na dignidade, enquanto que os direitos fundamentais se centram na pessoa. Reconheceu-se, portanto, que os direitos da mulher e das crianças são inalienáveis e que, com eles, não se pode negociar, sendo toda e qualquer forma de violência incompatível com os mesmos, o que fomenta as soberanias a implementarem meios e mecanismos de proteção à mulher.

O século XX foi marcado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, dentre os quais um dos principais trata a questão aqui debatida: não pode haver discriminação em qualquer âmbito no aspecto do trabalho. Como afirmado por Sanz Mulas, González Bustos e Martínez Gallego (2005), é certo que o mundo ocidental tem assistido a uma profunda mudança na situação das mulheres em todas as esferas da sociedade, especialmente no século XX.

Tais mudanças incluem o acesso da mulher à educação, a incorporação do trabalho remunerado, a revolução sexual e o controle da natalidade, tanto que a autoafirmação das próprias mulheres nos seus direitos e liberdades tem modificado profundamente as estruturas familiares, as relações entre sexos, os padrões culturais e os referenciais sociais. As investigações sociais confirmam, de modo recorrente, que as ditas transfor-

65 PECES-BARBA MARTÍNÉZ, Gregorio & RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel (coords.). *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 226.

66 YAGÜE, Ana Cristina Rodríguez & OCHAÍTA, Silvia Valmaña. *La mujer como víctima: aspectos jurídicos e criminológicos*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2000. p. 15.

mações, junto com a revolução que se tem produzido no campo das tecnologias da informação e comunicação, têm sido as mudanças fundamentais no século XX⁶⁷.

A igualdade de gêneros foi estabelecida na IV Conferência Mundial sobre as Mulheres, estabelecida em Pequim, em 1995, quando se definiu a palavra gênero como:

A construção social, histórica e cultural dos seres humanos em função de seu sexo, pelo que os papéis de gênero, masculino e feminino, venham diferenciados pelas funções, atitudes e capacidades que culturalmente se lhes atribui desde o nascimento às mulheres e aos homens.

La doctrina del Derecho natural ha mostrado la íntima conexión que existe entre el Derecho y la Razón Humana. Puesto que el derecho es primariamente un ajuste o acomodo de los intereses humanos en conflicto, la Razón se convierte en un instrumento indispensable para la creación del Derecho. Allí donde y cuando prevalece por completo la sinrazón allí puede haber Derecho en el auténtico sentido de esta palabra. Sin embargo, estamos hoy convencidos de que muchas determinaciones específicas de aquello que es “razonable” están sujetas a modificaciones históricas y dependen de los cambios en las convicciones sociales⁶⁸.

O artigo 26 da declaração estabeleceu que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação, à proteção da lei. A esse respeito, a lei proibirá toda discriminação e garantirá a todas as pessoas proteção igual e efetiva contra qualquer atitude discriminatória por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas, ou de qual-

67 SANZ MULAS, Nieves; GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles & MARTÍNEZ GALLEGU, Eva María (coords.). *La Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*. Madrid: Iustel, 2005. p. 118.

68 RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. México: Porrúa, 1979. p. 295.

quer índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Portanto, estamos diante de uma sociedade patriarcal onde tudo vive em torno do gênero masculino e tudo deve ser para ele e por causa dele, ou seja, o *homem é a métrica* de todas as coisas. Criou-se uma verdade de secundarismo à mulher, relegada a uma posição de segundo plano em todos os setores da vida, quer pessoal quer pública.

Sempre é salutar citar o artigo 8º da Carta de Belém, letra b, segundo o qual devem os Estados partes modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, incluindo programas de educação formal e não formal apropriados a todo nível do processo educativo para combater o preconceito e os costumes e todo outro tipo de práticas que se baseiem na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimam e exacerbam a violência contra a mulher.

Em algumas nações, a mulher não pode se locomover de um lugar para outro sem uma autorização escrita de seu marido, configurando-se uma dependência real jurídica. Em várias partes do mundo, e por questões culturais, a mulher foi e é considerada propriedade do homem, se não juridicamente, com certeza no plano cultural, algo que se constata muitas vezes em países democráticos. Na história, a mulher era considerada propriedade do marido e não poderia praticar atos da vida civil sem a sua autorização. A violência se dá em razão de o homem considerar a mulher propriedade sua e o corpo, parte integrante de seus bens.

Como destacado por Magalhães, Canotilho & Brasil (2007), citando Wilson, os estudos e os números de uxoricídio e de assassinio de namoradas, ex-namoradas ou ex-companheiras aí estão para que não se relaxe tolerando comportamentos de violência. Como afirmou Mary Wilson, vale a pena perguntar por que razão os homens matam as esposas e companheiras quando tudo indica que o que eles desejam é controlá-las. “(...) por paradoxal que possa parecer, há evidências que mostram que o uxoricídio (as-

sassínio de esposa) é uma manifestação do sentimento de propriedade.” (WILSON, 2003: 262 *apud* MAGALHÃES, CANOTILHO & BRASIL, 2007)⁶⁹.

A SAÚDE DAS MULHERES NO PLANO INTERNACIONAL QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS E SAÚDE PÚBLICA

Em várias nações, há atentados contra a saúde das mulheres, e as mesmas não recebem a mesma atenção dispensada aos homens pelo aparelho estatal. Em muitas culturas, ainda deve haver a anulação completa da mulher com barbárie e mutilações em suas genitálias.

Dentre as violações mais frequentes, estão a venda como escravas sexuais, maus-tratos no âmbito familiar e abusos sexuais por seus pais durante a infância. Alguns deles, quando cometem os crimes sexuais, justificam sua atitude dizendo: “Foi eu que fiz, tenho o direito de ser o primeiro”. Este tipo de abuso é cometido pelos pais e padrastos, no seio familiar, ainda quando as crianças nem completaram 5 anos de idade.

Segundo dados das Nações Unidas para a Infância (Unicef), a estimativa do número total de mulheres, atualmente, que tenham sofrido intervenção na África situa-se entre 100 e 130 milhões. Isto significa que, considerando-se a taxa de nascimentos que ocorrem a cada ano, milhões de meninas correm o risco de padecer algum tipo de mutilação genital feminina⁷⁰.

A maior parte das meninas e mulheres que são vítimas dessa prática vive em 28 países africanos, e algumas no continente asiático. Cada vez mais há casos na Europa, na Austrália, no Canadá e nos Estados Unidos, principalmente entre os imigrantes procedentes da África e do sudeste asiático⁷¹. O que se tem verificado é que muitos países desenvolvidos e

69 MAGALHÃES, Maria José; CANOTILHO, Ana Paula & BRASIL, Elisabete. *Gostar de mim de ti – Aprender a prevenir a violência de género*. Porto: Umar, 2007. p. 37. (Português falado e escrito em Portugal).

70 A ONU reconhece tais práticas como “práticas tradicionais nocivas”, o que viola a liberdade das mulheres.

71 KAHALE CARRILLO, Djamil Tony. *El derecho de asilo frente a la violencia de género*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010. p. 59. Tradução livre do autor.

com democracia forte não reconhecem que, quando uma mulher não quer se submeter a esses procedimentos, ela pode pedir refúgio.

Kahale Carrilo (2010) destacou que as situações em que há a mutilação do órgão sexual decorrem dos mais variados motivos, dentre eles:

- 1 - sexuais, a fim de controlar ou mitigar a sexualidade feminina;
- 2 - sociológicos: pratica-se, por exemplo, como rito de iniciação das meninas e, na idade adulta, para a integração social e manutenção da coesão social;
- 3 - estéticos e higiênicos: existe ainda a crença de que as genitálias femininas são sujas e antiestéticas;
- 4 - religiosos: devido à crença errônea de que a intervenção na genitália feminina é um preceito religioso. Pratica-se entre meninas de 4 a 14 anos;
- 5 - em alguns países, como Eritreia e Mali⁷², realiza-se em meninas menores de um ano,

Segundo Inês García Zafra (2006), em diversos estudos realizados com mulheres vítimas de maus-tratos, encontram-se dados que demonstram que essas mulheres apresentam uma maior prevalência de síndrome de estresse pós-traumático, crises de ansiedade, fobias, abuso de substâncias, transtornos, dores crônicas, depressão e risco de suicídio⁷³. Sobre a questão, manifestou-se Delgado Álvarez (2010):

La violencia contra las mujeres es un instrumento que sirve a un fin. En este caso es el perpetuar un orden social de dominación sobre uno de los genéricos en los que biológica y socialmente se

72 KAHALE CARRILLO, Djamil Tony. *El derecho de asilo frente a la violencia de género*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010. p. 61. Tradução livre do autor.

73 ZAFRA, Inês García & DÍAZ, María José Jiménez. El maltrato y su naturaleza. In: CUEVA, Lorenzo Morillas (coord.). *Sobre el maltrato a la mujer*. Madrid: Dykinson, 2006. p. 238.

escinde la especie humana. Para conseguirlo, el término masculino es elevado a representante de la especie homo; el femenino se subsume en él como parte del género humano. El sesgo que designa al todo por la parte es evidente; se corresponde con las concepciones patriarcales de la especie humana⁷⁴.

Vários países têm se preocupado, principalmente, com os abusos sexuais que sofrem as mulheres. Todavia, um grave problema a vencer, sem dúvida, é a chamada cifra negra, ou seja, a maioria dos casos não tem sequer registro e isto se dá por várias razões. Félix López Sánchez (*apud* CELADA, 2004) ensinou com maestria que a maior parte dos casos não é denunciada no momento em que se sucedem e que o valor dos métodos de investigação se mostram limitados, sendo difícil saber sua verdadeira frequência⁷⁵.

Não há dúvidas de que a grande mudança de paradigma para a ascensão da mulher no plano social em busca da igualdade está no aspecto do trabalho. Ou seja: superou-se, ou pelo menos se tenta superar, algumas afirmações de que sempre houve na história da humanidade: “este trabalho é para homens” ou “este trabalho é coisa para mulher fazer”. A interação neste campo ajudou a superar o estigma da sociedade patriarcal, onde, no campo das relações laborais, vários homens são chefiados por mulheres e convivem perfeitamente bem.

Segundo García González (2007), hoje se leva a uma situação de reflexão no que tange à aplicação do direito igualitário para as mulheres: por que se pergunta, quando elas vão procurar emprego, se são casadas e se têm filhos? Por que, em alguns Governos, encontra-se sempre a maioria dos cargos ocupados por homens? Por que, quando têm filhos, elas se veem obrigadas a recusar uma promoção de seu trabalho e, em poucas ocasiões, o pai se ocupa de cuidar dos filhos? Por que existe uma estatísti-

74 DELGADO ÁLVAREZ, Carmen. Raíces de la violencia de género. In: ESCALONA, Antonio Nicolás Marchal (coord.). *Manual de lucha contra la violencia de género*. 1. ed. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 43-64. O grifo consta do original.

75 CELADA, Justo Reguero. La prevención de la discriminación de las mujeres en el trabajo. In: PELAYO, Emilio Sampedoro; HERNÁNDEZ, Rosa María Merino & MARTÍNEZ, María Luisa Ibáñez. *Violencia y desigualdad. Realidad y representación*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 17.

ca superior de vitimismo da violência exercida pelos homens em relação às mulheres que justifique-se legislar medidas de proteção para as mulheres na violência de gênero:⁷⁶.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 2009, promoveu vários itens no quais fez recomendação aos Estados partes para que houvesse a prevenção do delito e da violência do qual faz parte a violência de gênero. Dentre eles, destacam-se os explicitados a seguir.

1 - Transformar o conteúdo das orientações em um marco normativo institucional e dispor de locações orçamentárias indispensáveis para fazer viáveis as respostas operacionais das vítimas da violência e do delito.

Ou seja: consoante essa diretriz da Comissão Interamericana, deve haver dotações orçamentárias próprias para o combate à violência de gênero, e não orçamentos genéricos e sem rubrica específica.

2 - Dispor de medidas para erradicar qualquer forma de prática discriminatória na implementação da sua política de segurança do cidadão que impliquem maior vulnerabilidade diante das ameaças da violência do delito de determinados grupos de pessoas e setores sociais. Neste sentido, não é suficiente a adequação do marco jurídico exclusivamente. Em concreto, expressou a referida comissão, não basta que haja formalmente disposições legais que garantam a igualdade, estas devem ser efetivas.

Sobre esta disposição, assinala-se que não basta que os direitos estejam listados em um código qualquer: se não houver políticas que façam com que os mesmos sejam efetivamente aplicados, de nada adiantarão.

76 GARCÍA GONZÁLEZ, María Nieves. *La igualdad de la mujer y la violencia de género en la sociedad informada*. Madrid: Dykinson, 2007. p. 26.

3 - A CIDH recomenda ações afirmativas para reverter e mudar as situações discriminatórias, de *jure* ou de *fato*, em prejuízo de determinados grupos de pessoas diante de situações violentas onde participem agentes do Estado e particulares.

Quanto a esta recomendação da Comissão, denota-se a preocupação com a violência de gênero, tendo em vista que as mulheres se encontram numa situação de vulnerabilidade e desigualdade em relação ao homem em todos os sentidos, merecendo a intervenção do Estado com políticas públicas que visem a cessar tal situação.

No plano internacional, é essencial que os protocolos internacionais promovam essa igualdade. Celada (2004) comentou que, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujos artigos 1º, 2º e 7º garantem a igualdade dos direitos perante a lei e igual proteção, assim como a proteção contra a discriminação, passando pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, surgiram outros documentos versando sobre a matéria, como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e de Liberdades Fundamentais e a Carta Social Europeia⁷⁷.

Infelizmente, os últimos dados que retratam a violência contra as mulheres desnudam dados aterrorizantes:

Esses números, que mostram o persistente problema da violência contra as mulheres no Brasil, fazem parte de uma pesquisa feita pelo [Datafolha](#) e encomendada pelo Fórum Brasileiro de Segurança.

Os dados, divulgados hoje, no [Dia Internacional da Mulher](#), mostram que 22% das brasileiras sofreram ofensa verbal no ano passado, um total de 12 milhões de mulheres. Além disso, 10% das mulheres sofreram ameaça de violência física, 8%

77 CELADA, Justo Reguero. La prevención de la discriminación de las mujeres en el trabajo. In: PELAYO, Emilio Sampedoro; HERNÁNDEZ, Rosa María Merino & MARTÍNEZ, María Luisa Ibáñez. *Violencia y desigualdad. Realidad y representación*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 198.

sofreram ofensa sexual, 4% receberam ameaça com faca ou arma de fogo. E ainda: 3% ou 1,4 milhões de mulheres sofreram espancamento ou tentativa de estrangulamento e 1% levou pelo menos um tiro.

A pesquisa mostrou que, entre as mulheres que sofreram violência, 52% se calaram. Apenas 11% procuraram uma delegacia da mulher e 13% preferiram o auxílio da família.

E o agressor, na maior parte das vezes, é um conhecido (61% dos casos). Em 19% das vezes, eram companheiros atuais das vítimas e em 16% eram ex-companheiros. As agressões mais graves ocorreram dentro da casa das vítimas, em 43% dos casos, ante 39% nas ruas.⁷⁸

É imprescindível a atuação por parte do Estado. Os Governos locais devem adotar normas internacionais em seus ordenamentos jurídicos para erradicar essa violência que persiste ainda em seus territórios, propiciando que a mulher tenha voz e condições de lutar pela sua igualdade.

Somente desta maneira teremos uma sociedade plasmada nos predicados que norteiam os direitos humanos, voltados para todos, onde homens e mulheres sejam iguais, seja no plano formal ou material, onde as oportunidades no âmbito privado ou público sejam destituídas de diferenças históricas, ponto fim ao viés patriarcal que tanto viola a consciência da mulher, colocando-a numa situação de sujeição em relação ao gênero masculino.

Obrigatoriamente devo citar o notável trabalho de Anélia Montechiari Pietrani, em que se retrata uma faceta de Cecília Meireles, sobre a questão que envolve as agruras da mulher, relata que publicado no livro *Retrato Natural* em 1949, o poema “Balada das dez bailarinas do Cassino”, e acrescenta: de figuras etéreas, vagas e fluidas, as bailarinas apresentadas nessa balada poética e dançante são praticamente descritas a partir da sua

78 <https://exame.abril.com.br/brasil/os-numeros-da-violencia-contra-mulheres-no-brasil/>

retratação física... Apesar dessa aparência, são frágeis e delicadas, como gostam os críticos de caracterizar a palavra *ceciliana*⁷⁹. Mas são frágeis pela piedade manifestada na voz poética.

Temos que citar este poema pois nele a autora retrata a que: É um poema atualíssimo, já que traz à discussão o aviltamento das mulheres diante do assédio dos homens, “os homens gordos” de que fala Cecília no poema, os quais as veem como objeto de comida; infligem a elas o medo e a submissão (dobram amarelos joelhos); lhes impõem o silêncio.⁸⁰

Um longo caminho ainda deve ser percorrido. A igualdade das mulheres no campo do trabalho, do lar, nos ambientes públicos, deve ser o mote para que tais abusos não mais ocorram.

Outra questão fundamental é a “denúncia” de qualquer tipo de abuso às autoridades competentes, para que o agressor ou mesmo outra mulher possam responder judicialmente pelos seus atos. O medo de “denunciar” não pode fazer parte deste *script*. Por tais razões, a ONU insiste que os agentes das Instâncias Formais de Controle devem estar preparados para receber e ouvir a mulher agredida e proceder o encaminhamento correto para a busca de soluções que cada caso requer.

No trabalho a ser lançado brevemente, onde questiono se ainda há escravos no Brasil, muitas mulheres que encontram-se nesta situação, vivendo sob a batuta de um varão, contra a sua vontade, vivendo toda a sorte de violência de gênero, e muitas vezes ainda submetida a práticas tradicionais nocivas, já reconhecidas pela Organizações das Nações Unidas como práticas que devem ser abolidas.

O empoderamento das mulheres com o aumento de sua autoestima, curso de profissionalização para aquelas que não possuem condições, propiciará que as mulheres possam sair do julgo do agressor e possam ter suas vidas de forma independente. Segundo alguns observatórios que analisam a violência de gênero, a criação de grupos de terapias, onde as mulheres pos-

79 Relacionado a obra de Cecília Meireles.

80 Anélia Montechiari Pietrani. Conhecimento Prático Literatura. Edição 78. Editora Escala. São Paulo. p. 34.

sam “conversar” sobre suas experiências, tem sido profilático para a equação de tão grave problema que é a agressão por parte dos companheiros.

Creemos também que a quebra de paradigma com o fim do *patriarcado* e de pautas que colocam o homem em situação de superioridade, e a métrica que rege o mundo que se pauta pelo gênero masculino deve acabar. A mulher pode e deve ocupar seu espaço em sociedade.

O ensinamento com pautas culturais nas escolas tendo como alvo crianças e adolescentes, fomentando nos currículos escolares uma cultura de não violência em relação a mulher, terá, para um futuro próximo, o reflexo na diminuição das taxas de discriminação e violência, incluindo a mais grave entre elas, o *feminicídio*, onde uma mulher tomba pelo simples fato de ser mulher. Isso não pode ser mais tolerado.

Programas que visem à recuperação do agressor também devem estar na pauta do dia, com oficinas, palestras e terapias que cultivem a convivência familiar harmônica, onde a mulher deve ser respeitada em todos os aspectos da vida, seja pública ou particular.

Quiçá este dia chegue logo e possamos erradicar toda e qualquer forma de discriminação e violência contra a mulher e todas as agruras por qual passam referidas mulheres, sejam meras lembranças de um passado longínquo.

CONCLUSÃO

Finalmente, conforme foi acalentado neste artigo, o Direito Internacional tem sido utilizado em grande escala para promover a igualdade de gêneros por meio de seus protocolos internacionais, a equacionar de que homens e mulheres são iguais em sociedade e o devem ser perante a lei, alertando que a mulher pode ser a protagonista da peça de teatro neste grande palco que é a vida.

Para que ocorra esse resgate, citamos alguns protocolos que podem ser seguidos para que ocorra essa erradicação com 10 propostas. Estas foram concebidas em nossa experiência como conferencista internacional em diversos países da Europa e por conta de nosso trabalho na Corte Europeia de Direitos Humanos-Tribunal de Strasbourg-França.

1 - A implantação de Delegacias especializadas em atendimento à mulher, desde que sejam integradas a um suporte que conte com profissionais da psicologia e assistência social, que podem ser de grande valia para que a mulher seja acolhida. No Estado do Pará, o PROPAZ já executa este tipo de atendimento.

2 - O monitoramento da violência contra a mulher e para os movimentos LGBTI, que sofrem tanto a violência de gênero como de identidade de gênero.

3 - A Organização das Nações Unidas também alerta para os profissionais que lidam com a violência contra a mulher, para que possuam perfil adequado para lidar com a problemática.

4 - Políticas que visem à identificação da *violência primária*, aquela exercida contra as mulheres, e a *violência secundária*, exercida contra os filhos e familiares.

5 - Programas prioritários que visem à saúde da mulher.

6 - Criação de varas de violência de gênero (violência doméstica), para que possam ter a competência híbrida para o julgamento que envolvem as questões familiares, quando o nascedouro seja a violência de gênero.

7 - Investir de forma eficaz em cursos de capacitação dos atores que lidam com a violência contra a mulher, em especial, juízes, promotores e equipe multidisciplinar. Somente com o conhecimento de boas práticas o resultado será o empoderamento das mulheres para o enfrentamento da violência que sofre cada mulher neste mundo tão desigual.⁸¹

81 Louva-se o trabalho incansável do Desembargador Ricardo Nunes e Constantino Guerreiro, Presidente e Diretor da Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, respectivamente, que têm investido incansavelmente na capacitação de seus magistrados e servidores no que tange à sistemática de enfrentamento da violência contra a mulher. Cita-se também a Presidente da Comissão de Direitos Humanos do TJE-PA, Desembargadora Nazaré Saavedra, que com seu trabalho contribui para a política em favor das mulheres.

8 - O conhecimento da legislação internacional que o Brasil ratificou e que se obrigou a cumprir se torna imperioso e obrigatório para que possam inebriar as decisões judiciais, fomentando e disseminando a não violência contra as mulheres, seja no âmbito público, quanto privado, aplicando verdadeiramente a justiça.

9 - Criação de comitês no âmbito dos Tribunais de Justiça que possam discutir meios e mecanismos de tornar mais eficaz a aplicação da Lei Maria da Penha, contribuindo com a celeridade processual que a causa demanda.

10 - Criação de Clínicas de Direitos Humanos, para o atendimento de vítimas de violência de gênero no âmbito das Universidades e setores acadêmicos, de forma gratuita para a comunidade, com atendimento psicológico, assistência social, e em casos mais graves, psiquiátricos, além de atendimento jurídico.

Espera-se que as nações soberanas incorporem ao seu direito positivo práticas e ações legislativas que visem à erradicação da violência de gênero, bem como a valorização de políticas públicas que propiciem a igualdade entre homens e mulheres, tanto no plano público e privado.

No Brasil, que, no Congresso Nacional, bem como no âmbito dos Tribunais de Justiça, seja proposto cada vez mais pautas legislativas e judiciais em prol da igualdade de gêneros, extirpando qualquer possibilidade que possa retratar a diminuição do papel da mulher na comunidade. Valorizando-a, resgatando a sua dignidade com políticas públicas efetivas.

Não se pode esquecer também de que toda plataforma que vise à valorização da mulher deve ser rubricada, e que, portanto, os agentes devem ter consciência de que somente com recursos próprios se poderá aplicar verdadeiramente políticas de resgate da mulher que sofre a violência de gênero.

O cumprimento das normativas internacionais influenciará o direito interno de cada nação que adotou os pactos internacionais e, sedimentando em todos de que a violência contra a mulher deixou de ser uma questão

privada, interna, ou mesmo familiar, para tornar-se agora uma pauta que deve ser resolvida à luz dos Direitos Humanos.

GLOSSÁRIO HISTÓRICO DAS MULHERES E SUAS CONQUISTAS NA HUMANIDADE.

UMA SINGELA HOMENAGEM

1 - Sara – Mulher de Abraão, mesmo sendo idosa, será mãe de Isaac, de cuja descendência advirá Jesus Cristo.

2 - Maria – a mãe de Cristo, rompe barreiras ao aceitar ter um filho de forma sobrenatural mesmo sendo virgem.

3 - Maria Madalena – Só vivia em companhia de homens e, segundo a literatura, se auto sustentava, o que era impensável para a época, construindo um estereótipo diferente do papel da mulher em sociedade.

4 - Joana Darc é considerada uma das maiores heroínas francesas, em 1431.

5 - Em 1451, nasce Isabel de Castela, a Católica, na Europa, defensora de seus súditos e dos direitos humanos, mesmo que de forma rudimentar para a época.

6 - Olympe de Gouges – Foi uma revolucionária francesa, lança o manifesto de Declaração das Mulheres, em 1759.

7 - Mary Woltonecraft – escreve em 1792 um clássico da literatura feminista: Uma Reivindicação pelos Direitos da Mulher.

8 - Em 1822, é eleita a primeira Abadessa no Brasil, Sórora Joana Angélica de Jesus, da Congregação da Ordem Reformadas de Nossa Senhora da Conceição.

9 - Em 1827 – surge no Brasil a primeira lei que admitia meninas em escolas elementares.

10 - Nísia Floresta- Publica o jornal *Espelho das Brasileiras*, com artigos sobre a condição feminina. Posteriormente funda diversos colégios para meninas.

11 - 1872- As expressões “feminismo” e “feminista” surgem pela primeira vez na França e nos Países Baixos.

12 - 1879- O Governo Brasileiro permite que mulheres estudem no ensino superior. Porém, sofriam pressões e desaprovação social.

13 - A pernambucana Maria Amélia Queiroz realiza palestras públicas a favor da abolição da escravidão.

14 - 1885- A Primeira mulher a reger uma orquestra no Brasil, Francisca Edwiges Neves Gonzaga, mais conhecida como Chiquinha Gonzaga

15 - 1888- A Lei Áurea é sancionada pela Princesa Isabel no dia 13 de maio.

16 - 1893- Nova Zelândia é o primeiro país a conceder o direito de voto às mulheres.

17 - 1898- Inglaterra e Escócia jogam em Londres a primeira partida de futebol feminina.

18 - Primeira ganhadora do Prêmio Nobel da Paz 1905 – Baronesa Bertha Sophie Felicita von Suttner (nome de solteira: Condessa Kinsky von Chinic und Tettau).

19 - 05 de junho de 1904, Anésia Pinheiro Machado foi a primeira mulher a conseguir o *brevet* de aviadora no Brasil.

20 - 1909- Costureiras norte-americanas iniciam uma longa greve geral em busca de melhores condições trabalhistas.

21 - 1910- O Congresso Nacional das mulheres socialistas institui o Dia Internacional da Mulher, sem data definida.

22 - 1917- A professora Deolinda Daltro, fundadora do Partido Republicano Feminino, exige a extensão do voto às mulheres no Brasil.

23 - 1920- Em 26 de agosto, as mulheres estadunidenses adquirem pleno direito ao direito de voto.

24 - 1922- No Rio de Janeiro, a bióloga Bertha Lutz organiza a Federação Brasileira pelo progresso feminino e em prol dos direitos das mulheres.

25 - 1929- Eunice Mafalda Berger Michiles foi eleita a primeira mulher a ocupar o cargo de senadora da República, depois da Princesa Isabel.

26 - 1931- Nasce Doroty Stang, que mais tarde se tornaria Freira da Congregação de Notre Dame de Namur, defensora dos direitos humanos no Estado do Pará.

27 - 1932- Por meio do novo Código Eleitoral, Getúlio Vargas garante o direito de voto às mulheres brasileiras.

28 - 1932- A nadadora Maria Lenk se torna a primeira atleta brasileira a participar de uma Olimpíada.

29 - 1933- A paulistana Carlota Pereira de Queiroz é eleita a primeira deputada federal do país.

30 - 1949- Simone de Beauvoir publica o *Segundo Sexo*, uma das obras mais importantes do movimento feminista.

31 - Em 1954, Thereza Grisólia Tang foi a primeira mulher a ocupar o cargo de juíza no Brasil.

32 - 1963- Bety Friedman publica *A Mística Feminina*, dando início à segunda onda e abordando o papel da mulher no mercado de trabalho e no lar.

33 - 1967- Kathrine Swtzer é a primeira mulher a correr a maratona de Boston, quando apenas homens poderiam participar da competição.

34 - 1975- Margareth Thatcher torna-se a primeira mulher a comandar um grande partido no Reino Unido.

35 - 1975- As Nações Unidas definem o Ano Internacional da Mulher, com metas para eliminar a discriminação. No Brasil, surge o Movimento Feminino pela Anistia, liderado por Terezinha Zerbine, em busca da redemocratização. O Dia Internacional das Mulheres passa a ser comemorado em 8 de março.

36 - No dia 04 de agosto de 1977, Rachel de Queiroz foi a primeira mulher eleita para a Academia Brasileira de Letras.

37 - 1979- A desembargadora Lydia Dias Fernandes, paraense, é a primeira mulher a presidir um Tribunal de Justiça no Brasil.

38 - 1985- Surge a primeira Delegacia de Atendimento Especializado à Mulher, em São Paulo.

39 - 1988- É realizado, em dezembro, o primeiro Encontro Nacional de Mulheres Negras.

40 - 1996- O Congresso Nacional instaura o sistema de cotas, obrigando partidos políticos a reservar 30% das vagas ao sexo em menor número.

41 - 2003- A secretaria de Estado dos Direitos da Mulher ganha *status* de Ministério e se torna Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres.

42 - Sarah Meneses, em 2012, conquista a primeira medalha de ouro em uma Olimpíada no Judô.

43 - Em 16 de março de 2016, é eleita a primeira mulher para presidir a Suprema Corte Brasileira, Ellen Gracie Northfleet.

44 - 2006- A Lei Maria da Penha é sancionada, em 7 de agosto.

45 - 2006- Foi eleita a primeira mulher governadora do Estado do Pará, Ana Júlia Carepa.

46 - 2010- Dilma Rousseff assume a Presidência da República. Pela primeira vez uma mulher chega ao cargo mais alto do Poder Executivo.

47 - 2014- A paquistanesa Malala Yousafzai é a mais jovem a receber o Prêmio Nobel da Paz, pela luta em favor do direito de educação a todos.

48 - 2015- No Brasil, é sancionada a Lei do Feminicídio, em 09 de março.

49 - 02 de junho de 2016- Laurita Vaz é a primeira mulher a presidir o Superior Tribunal de Justiça no Brasil.

50 - 2017- A marcha das mulheres contra Trump, presidente dos EUA, movimentou mais de 20 países.⁸²

82 Parte da pesquisa foi retirada da Revista Mulheres da História. Como seria a história contada por elas? Ano 02 nº 2-2018. Outros nomes foram uma forma de demonstrar a importância dessas mulheres em nossa sociedade. Outras mulheres foram importantes dentro das suas áreas mas por questão de espaço não foi possível sua citação, mas fica nossa homenagem.

REREFÊNCIAS

1 - ANÉLIA, Montechiari Pietrani, *Conhecimento Prático Literatura*. Edição 78. Editora Escala. São Paulo.

2 - ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. La relación entre el derecho y el poder: reflexiones a partir del modelo constitucional. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio & RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel (coords.). *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*. Madrid: Marcial Pons. 2004.

3 - BRAVO RUBIO, Diana. ¿Que pasó con las mujeres? In: ESTUPIÑÁN, Natalia; TRUJILLO, Mariana Ardila; LÓPEZ, Juana Inés Acosta; CAMARGO, Jimena Sierra; RUBIO, Diana Bravo & OSPINA, Andrés García. *Apuntes sobre el Sistema Interamericano II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010 (Colección “Temas de Derecho Público”, vol. 82).

4 - BURRIEZA, Ángela Figueruelo; PÉREZ, Marta del Pozo; MARTÍNEZ, María Luisa Ibáñez & ALONSO, Marta León (coords.).

5 - CAMARGO, Pedro Pablo. *La protección jurídica de los derechos humanos y de democracia en América – los derechos humanos y el Derecho Internacional*. México: Excelsior, 1960.

5 - CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI – Memória del Seminario de noviembre de 1999*. 2. ed. San José de Costa Rica: CIDH, 2003.

7 - CORTÉS, Lina Mariola Díaz. La prevención situacional. In: CORTÉS, Lina Mariola Díaz & ÁLVAREZ, Fernando Pérez (coords.). *Introducción a la criminología*. Salamanca: Ratio Legis, 2013. p. 237-247 (p. 238).

8 - CASTAN TOBEÑAS, Jose. *Humanismo e derecho: el humanismo en la historia del pensamiento filosófico y en la problemática jurídico-social de hoy*. Madrid: Instituto Reus, 1962.

- 9 - CELADA, Justo Reguero. La prevención de la discriminación de las mujeres en el trabajo. In: PELAYO, Emilio Sampedor; HERNÁNDEZ, Rosa María Merino & MARTÍNEZ, María Luisa Ibáñez. *Violencia y desigualdad. Realidad y representación*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004.
- 10 - DELGADO ÁLVAREZ, Carmen. Raíces de la violencia de género. In: ESCALONA, Antonio Nicolás Marchal (coord.). *Manual de lucha contra la violencia de género*. 1. ed. Navarra: Aranzadi, 2010. *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género*. Granada: Comares, 2008 (Colección “Comares Monografías”).
- 11 - FERNÁNDEZ SANTIAGO, Pedro. *Violencia familiar: la visión de la mujer en casas de acogida*. 1. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- 12 - FONTANA, Juan Faroppa. Respuestas policiales eficaces para la prevención y control de la delincuencia y la protección de las víctimas del delito. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 54, p. 113-124, San José de Costa Rica, julio/diciembre, 2011.
- 13 - GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos*. Tradução de Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1997.
- 14 - GARCÍA BAUER, Carlos. *Los derechos humanos en América*. Guatemala City: Tipografía Nacional, 1997.
- 15 - KAHALE CARRILLO, Djamil Tony. *El derecho de asilo frente a la violencia de género*. Madrid: Editorial Universitária Ramón Areces, 2010.
- 16 - MALDONADO, Altemio González. La dignidad y la igualdad de género. In: MÉNDEZ-SILVA, Ricardo (coord.). *Derecho Internacional de los derechos humanos. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. T. II. México: Universidad Autónoma de México, 2008.
- 17 - MAGALHÃES, Maria José; CANOTILHO, Ana Paula & BRASIL, Elisabete. *Gostar de mim de ti – Aprender a prevenir a violencia de género*. Porto: Umar, 2007.

18 - MOLAS, Isidre. *Por un nuevo pacto social*. Barcelona: Mediterrania, 2004.

19 - PEÑAFIEL SANZ, Elena. La Ley Orgânica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres e hombres. In: ESCALONA, Antonio Nicolás Marchal (coord.). *Manual de lucha contra la violencia de género*. 1. ed. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 297-321.

20 - PECES-BARBA MARTÍNÉZ, Gregorio & RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel (coords.). *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

21 - YAGÜE, Ana Cristina Rodríguez & OCHAÍTA, Silvia Valmaña. *La mujer como víctima: aspectos jurídicos e criminológicos*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2000.

22 - RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. México: Porrúa, 1979. p. 295.

23 - SANZ MULAS, Nieves; GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles & MARTÍNEZ GALLEGU, Eva María (coords.). *La Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*. Madrid: Iustel, 2005.

24 - ZAFRA, Inés García & DÍAZ, María José Jiménez. El maltrato y su naturaleza. In: CUEVA, Lorenzo Morillas (coord.). *Sobre el maltrato a la mujer*. Madrid: Dykinson, 2006.

SITES CONSULTADOS

1. <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/11/30/lei-maria-da-penha-em-favor-dos-homens-por-que-nao/>>
2. <http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/equality_between_men_and_women/c11903_pt.htm>
3. <http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/equality_between_men_and_women/c11903_pt.htm>

4. <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/igualdade_genero_262.pdf>.
5. <<http://www.dhnet.org.br/>
6. <<http://www.ipea.gov.br/portal/>
7. <https://www.bonde.com.br/bondenews/nacional/carmen-lucia-diz-que-machismo-e-preconceito-sustentam-violencia-contra-mulher-449918.html>
8. <http://www.compromissoeatitude.org.br/dados-nacionais-sobre-violencia-contra-as-mulheres/>
9. https://www.scoopnest.com/pt/user/STF_oficial/968945923043848192-em-seu-voto-o-ministro-fachin-dispensa-a-necessidade-de-autorizacao-judicial-para-a-alteracao-de-prenome-e-sexo-em-registro-civil-por-transgeneros
10. <https://www.jota.info/justica/quem-e-grace-mendonca-primeira-advogada-geral-da-uniao-11092016>.
11. http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf
12. <https://exame.abril.com.br/brasil/os-numeros-da-violencia-contra-mulheres-no-brasil/>
13. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/onu-sem-acoes-pela-igualdade-de-genero-mundo-nao-alcancara-objetivos-globais/>
14. Texto de Isabella D’Ercole e Lucy Allen/The Interview People. Disponível em Claudia. Editora Abril, p. 96.

O Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro

Fernando Wesley Gotelip Florenzano

*Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil/
Instituto Luterano de Ensino Superior, Unidade de Itumbiara – Goiás.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Evolução Histórica. 3. Conceito. 4. A Relação do Princípio da Insignificância com Outros Princípios Jurídicos. 5. O Princípio da Insignificância na Jurisprudência Brasileira. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se ocupará de conceituar, apresentar um breve histórico, os principais requisitos do crime bagatela e como ele tem sido aplicado nas Cortes Brasileiras.

O Princípio da Insignificância relaciona-se com outros que também limitam a tipicidade no tocante ao Direito Penal, ao tornar atípico o fato antes que a punição recaia, por comprometer a materialidade do delito. Porém o princípio não está expresso no Direito Pátrio, o que causa dissensões entre os aplicadores e intérpretes do Direito.

O presente artigo terá por tema: “O Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro”, assunto este pertencente ao campo de conhecimento do Direito Penal.

O problema que se vislumbra é a forma como o ordenamento jurídico brasileiro abarca o Princípio da Insignificância e se ele realmente é um corolário da justiça e liberdade.

Ao se iniciar o estudo, teve-se como hipótese a utilização incipiente do Princípio da Insignificância no Ordenamento Jurídico Pátrio, tendo em vista que muitos doutrinadores não o recepcionam por considerarem uma afronta ao Princípio da Legalidade.

O objetivo geral a que se propôs é examinar a aplicação do princípio da Insignificância no ordenamento pátrio e sua relevância no direito penal.

Como objetivos específicos têm-se: estudar o Princípio da Insignificância, seu histórico e conceitos necessários para sua compreensão, verificar o uso dos conceitos de Insignificância e Bagatela no Direito Brasileiro e verificar na jurisprudência brasileira como as Cortes têm tratado do assunto em epígrafe.

Como acadêmicos e apreciadores do Direito Penal, a questão da proporcionalidade na aplicação da pena sempre nos intrigou e por isso tornou-se a indicada como escolhida para encetarmos este artigo.

Justifica-se o estudo em questão, pois que ele contribuirá para a compreendermos o Princípio da Insignificância encontra-se instaurado no ordenamento penal brasileiro e se esta contribuição vem sendo eficaz, a partir daí poderá ser formulada uma maior inserção da Justiça social, visando a auxiliar o Direito Brasileiro, caso ela se mostre eficaz para tanto; além de beneficiar a sociedade por tornar as penas mais justas e aplicáveis.

Utilizou-se para a consecução do presente trabalho o método dedutivo com a análise empírica de casos concretos jurisprudenciais.

Por isso, o presente trabalho se dedica ao estudo do Princípio da Insignificância e suas reverberações no Direito Penal Pátrio, consideradas essenciais para o Direito Penal e para a sua execução.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No Direito Romano, já havia rudimentos do Princípio da Insignificância, posto que o pretor não se ocupava dos litígios de bagatela, em conformidade com o brocardo: *mínima non curat pretor*¹.

Apesar de ser um posicionamento bastante pacífico de que o surgimento do Princípio da insignificância se deu na Roma Antiga, Maurício

¹ Diomar Ackel Filho apud Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Princípio da Insignificância no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 4

Antônio Ribeiro Lopes nega que o brocardo *mínima non curat praetor* é o predecessor básico do moderno Princípio da Insignificância, alegando que o brocardo supramencionado aplicava-se tão somente ao Direito Civil².

Ainda que não expressamente, são encontradas referências implícitas na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, como a presente no art. 5º: “A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene”³. Tal artigo evidencia que somente as ações realmente graves devem ser proibidas pelo Estado, o que denota o sentido fragmentário da Declaração em epígrafe⁴.

A origem e evolução histórica do Princípio da Insignificância sempre estiveram ligadas ao Princípio da Legalidade, garantindo a liberdade individual no Estado Democrático de Direito⁵.

Com o Iluminismo e a conseqüente propagação do individualismo político e desenvolvimento do princípio da legalidade, houve um estudo mais sistematizado do Princípio da Insignificância, originando-se na precocização da limitação do poder do Estado, onde somente haveria ilicitude naquilo que a lei proibia, devendo os juízes serem submissos à lei penal⁶.

Após as I e II Grandes Guerras, houve um aumento considerável de furtos de objetos e valores irrelevantes, em decorrência da crescente miséria, desemprego e falta de gêneros alimentícios. Tais ilícitos foram cha-

2 LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**: Análise a luz da lei 9099/95 – Juizados Especiais Criminais e da Jurisprudência atual. São Paulo: RT, 1997, p. 37-38

3 Universidade de São Paulo. Declaração de direitos do homem e do cidadão - 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 de setembro de 2017.

4 LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**: Análise a luz da lei 9099/95 – Juizados Especiais Criminais e da Jurisprudência atual. São Paulo: RT, 1997, p. 38.

5 Maurício Antonio Ribeiro Lopes. **Princípio da Insignificância no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 44.

6 SANTOS, Maurício Macedo. **Análise do Princípio da insignificância após a edição da Lei 9.099/95**. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/>>. Acesso em 24 de agosto de 2017.

mados de *Criminalidade de Bagatela (Bagatelledelikte)*, em virtude dos valores baixos envolvidos⁷.

Claus Roxin, em 1964, apresentou considerações sobre o brocardo latino: *mínima non curat praetor*, o que tornou relevante o Princípio da Insignificância para a atualidade, ao formular com base de validade geral para se determinar o que é injusto penal, através da introdução do princípio da insignificância como regra auxiliar de interpretação, excluindo, da maioria dos tipos, danos de somenos importância⁸.

O Princípio da Insignificância não tem um caráter meramente econômico, simplesmente de cunho patrimonial, porém trata-se de um princípio de direito penal que objetiva direcionar e determinar o conteúdo de todas as normas penais, devendo ser projetado em todas as condutas definidas como crime, garantindo que somente às ações com um caráter substantivamente penal recaiam a incidência das normas penais⁹.

Em terras pátrias, a primeira vez que foi mencionado o princípio em epígrafe foi em um julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 66.869-1/PR, em 06.12.1988, em um caso de lesão corporal relativo a acidente de trânsito, em que verificou-se que a lesão era irrelevante e, por isso, entendeu-se que não havia sido configurado o crime, impedindo-se a instauração da ação penal¹⁰.

3. CONCEITO

A criminalidade de bagatela é caracterizada por possuir escassa reprovabilidade, ofensa a bem jurídico irrelevante, habitualidade, maior inci-

⁷ Ibidem.

⁸ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 87.

⁹ Maurício Antonio Ribeiro Lopes. *Princípio da Insignificância no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 41-42.

¹⁰ GOMES, Luis Flávio. Revista Diálogo Jurídico. *Delito de Bagatela: Princípio da Insignificância e da irrelevância penal do fato*. Ano 1 – Vol. I. N.º 1. Abril de 2001. Salvador/BA. Disponível no site: www.direitopublico.com.br. Acesso em 12 de outubro de 2017.

dência em crimes contra o patrimônio, em crimes de trânsito e por conveniência político-criminal¹¹.

O sistema penitenciário moderno opta por um tratamento ressocializador e, destarte, o sofrimento e castigo não fazem parte desta nova ótica que visa à recuperação do delinquente. O encarceramento do indivíduo não produz efeitos duradouros, posto que muitos dos indivíduos que cometem crimes principalmente contra a propriedade, o fazem por questões de crise na economia, desemprego e reprodução da violência através da mídia, que acabam influenciando mais delitos¹².

Em alguns países centrais, a tendência é a despenalização e a descriminalização, optando-se por abandonar as posições que enfatizam a repressão existente no sistema e tornando patente a possibilidade de se diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, sem eximir o fato de seu caráter de ilícito penal¹³.

O grau de lesão do bem jurídico protegido é o principal ponto de preocupação no que se refere ao Princípio da Insignificância, posto que não se deve ocupar o Direito Penal com assuntos de somenos importância que em nada prejudicam o bem jurídico tutelado. Portanto, deve existir a análise específica sobre até que ponto a lesão ou o perigo de lesão configura o injusto penal dentro da tipicidade¹⁴. Segundo Luís Régis Prado: “o princípio da insignificância é o instrumento para a exclusão da imputação objetiva de resultados”¹⁵.

Luiz Flávio Gomes esclarece sobre a conceituação de infração bagatelar:

11 Júlio Fabbrini Mirabete. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2001. p. 83.

12 Raul Cervini. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995. p. 32.

13 *Ibidem*, p. 45.

14 PRADO, Luís Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: Parte Geral. vol 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 146.

15 *Ibidem*, p. 147.

Conceito de infração bagatela: infração bagatela ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. O fato insignificante, destarte, deve ficar reservado para outras áreas do Direito (civil, administrativo, trabalhista etc.). Não se justifica a incidência do Direito Penal (com todas as suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante¹⁶.

Os críticos do Princípio da Insignificância sustentam que ele padece de uma imprecisão terminológica e indeterminação conceitual, porém, o princípio da insignificância se baseia em fundamentos do Direito Penal, através de seu caráter subsidiário e fragmentário¹⁷.

A tipicidade penal somente vai ocorrer e trazer efeitos para o mundo jurídico quando houver uma ofensa que traga uma gravidade considerável aos bens jurídicos tutelados, nem toda ofensa aos bens ou interesses tutelados pelo Estado são suficientes para caracterizar o injusto penal. Portanto, o Princípio da Insignificância (ou Princípio da Bagatela) exige uma proporcionalidade entre a gravidade da conduta e a necessidade da intervenção estatal, isto é, condutas que equivalem a um determinado tipo penal, porém, formalmente não possuem relevância material para requererem o afastamento da tipicidade penal, posto que o bem jurídico não foi relevantemente lesado¹⁸.

A Jurisprudência traça a conceituação do princípio em epígrafe:

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. v. 1, p. 15

¹⁷ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**: Análise a luz da lei 9099/95 – Juizados Especiais Criminais e da Jurisprudência atual. São Paulo: RT, 1997, p. 77.

¹⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: Parte Geral**. vol. 1. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 19

O princípio da insignificância pode ser conceituado como aquele que permite desconsiderar-se a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, afastadas do campo de reprovabilidade, a ponto de não merecerem maior significado aos termos da norma penal, emergindo, pois a completa falta de juízo de reprovação penal (TACrim-SP, Apelação n 1.044.8895, Rel. Breno Guimarães, 21-09-97)¹⁹.

Não é qualquer mau trato que caracteriza lesão à integridade corporal, entretanto somente aquela lesão relevante; ou seja, somente a lesão grave. Deve ser considerada a força empregada por um agente que tenha um obstáculo de certa importância e que a ameaça seja sensível o bastante para ultrapassar o âmbito da criminalidade²⁰.

À luz da função geral – que dá relevância à ordem jurídica – que pode ser confirmada a insignificância de uma ação que se amolda ao tipo penal, não devendo se considerar apenas a reflexão legalista da norma.²¹

O douto Maurício Antonio Ribeiro Lopes esclarece:

A patrimonialidade é um dado relativo ao polo inicial de desenvolvimento do princípio da insignificância, jamais um momento de chegada. Tem-se pretendido revestir o princípio com um caráter exclusivamente econômico, como que se confundindo os conceitos de propriedade e de patrimônio, tendência contra a qual se insurge a mais moderna doutrina. O *Bagatelledelikte* não é uma regra apêndice das normas de cunho patrimonial, mas um princípio de Direito Penal e, como tal, sujeito a influir, direcionar e determinar o conteúdo de todas as normas penais²².

19 Sentenças e decisões de primeiro grau: Rio Grande do Sul, p. 181. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br>. Acesso em 02 de setembro de 2017.

20 ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Barcelo: Bosch, 1972. p. 53

21 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal*. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991. p. 475

22 LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95: Juizados especiais criminais e da jurisprudência atual*. 1997, p. 39

O legislador, ao criar o Estatuto Penal, ocupou-se em considerar a tipicidade apenas em prejuízos relevantes que o comportamento tido como criminoso pudesse causar à vítima e à sociedade, porém não esclareceu que os casos leves não deveriam ser amoldados como fatos típicos. O Princípio da Insignificância tem por objetivo adequar a realidade ao princípio *nullum crimen sine lege* ao demonstrar a natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal²³.

Entretanto, aos intérpretes e aplicadores do Direito não cabe a seleção dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Estado e muito menos os critérios que são utilizados ao selecionar tais bens jurídicos, posto que tal função cabe ao Legislador. Uma infração ser de menor potencial ofensivo não basta para caracterizá-la como insignificante, pois em alguns casos, como os delitos de lesão corporal leve, ameaça e injúria, apesar de possuírem menor potencial ofensivo, foram valorados pelo Legislador que determinaram as consequências jurídico-penais para os infratores, assim como as sanções correspondentes. Apesar de serem de somenos importância ao se compararem com outras infrações, ainda possuem sua relevância social e penal, devendo ser julgadas não apenas pela consideração do bem juridicamente atingido, mas pela extensão da lesão produzida²⁴.

O bem jurídico de menor relevância é o que não possui importância suficiente para merecer em grau mínimo a intervenção concreta do Estado no tocante à esfera penal. Não se pode confundir-las com as infrações de menor potencial ofensivos previstas pela Carta Magna, posto que não há relação direta entre a ofensividade e a irrelevância do bem jurídico. A potencialidade ofensiva relaciona-se à faculdade de ação lesiva a bem jurídico que não possua juízo de valor, relevante ou não²⁵.

23 MANAS, Carlos Vico. **O Princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 56

24 BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: Parte Geral. vol. 1. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 19

25 LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 43.

Quando a ordem jurídica se ocupa de punir crimes de afetação mínima, observa-se que o poder punitivo torna-se irracional, desnecessário, conflitando com o princípio da mínima intervenção²⁶.

Conforme o entendimento de Carlos Vico Mañas:

O princípio da insignificância, portanto, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal²⁷.

O Princípio da Insignificância interpreta de forma restritiva o tipo penal, classificando-o de forma qualitativa e quantitativa, em conformidade com o grau de lesividade da conduta, excluindo da incidência penal apenas os fatos que, apesar de atingirem bens tutelados, são insignificantes²⁸. Trata-se de um ato tão insignificante que não requer a intervenção penal²⁹.

O Princípio da Insignificância atua no sentido de impedir que se processem condutas socialmente irrelevantes, visando a que a Justiça não fique tão abarrotada de processos e permitindo que fatos mínimos, irrelevantes, não estigmatizem seus autores. Tal princípio revaloriza o Direito Constitucional, contribuindo para que apenas fatos possuidores de alto

26 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2000 p. 471

27 MANAS, Carlos Vico. **O Princípio da insignificância Como Excludente da Tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 81.

28 SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. 1. ed. (ano 2004), 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 95.

29 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v 2, p. 303.

conteúdo criminal sejam apenados, reduzindo-se, por conseguinte, os níveis de impunidade³⁰.

Trata-se de uma construção dogmática que objetiva solucionar questões de injustiça que provém da falta de relação entre a conduta reprovada e a pena cabível, de acordo com conclusões de ordem político-criminal³¹.

Conforme o entendimento de Silva:

O Princípio da Insignificância faz as vezes de mecanismo de controle quantitativo-qualitativo das lesões aos bens jurídicos protegidos penalmente, objetivando, assim, estabelecer um padrão denominado “mínimo ético” do Direito Penal. Atua, portanto, como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal para evitar injustiças na aplicação do direito repressivo, uma vez que o Direito Penal não se deve ocupar com ninharias³².

Somente quando se ultrapassam os limites estabelecidos pelos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social é que o Poder Legislativo poderá tipificar as ações humanas, posto que o Direito Penal deve se pautar por uma visão minimalista, equilibrada, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes quando estes sofrem ataques lesivos e inadequados conforme a ótica social³³.

A intervenção mínima liga-se aos critérios de elaboração de leis penais criados pelo Poder Legislativo, sua utilização judicial deve ser mediata, como recurso necessário para sistematizar o Direito Penal. A insignificância

30 GOMES, Luis Flávio. Delito de Bagatela: **Princípio da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: vol. 1 n. 1, 2001, p. 06.

31 REBÉLO, José Henrique Guaracy. Princípio da Insignificância. Interpretação Jurisprudencial. Belo Horizonte: Editora Del Rey: 2000, p. 95.

32 SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. 1. ed. (ano 2004), 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010, p. 16.

33 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 94.

é utilização jurídica imediata, visando a determinar a existência do crime em frente à tipicidade material e à ilicitude concreta³⁴.

Günther Jakobs entende que a tutela penal visa à estabilidade social em si e, portanto, há de se prestigiar a segurança social:

As pessoas, nas questões jurídicas, não se caracterizam primordialmente pela segurança ideal dos seus bens, mas por serem reconhecidas de maneira geral como possuidoras de obrigações e direitos, ou seja, por ostentar o correspondente status. Um ato penalmente relevante – de forma paralela ao que já se disse – não se pode definir como lesão de bens, mas somente como lesão da juridicidade. A lesão da norma é o elemento decisivo do ato penalmente relevante, como nos ensina a punibilidade da tentativa e não a lesão de um bem. (...) A pena deve ser entendida como marginalização do ato em seu significado lesivo para a norma e, com isso, como constatação de que a estabilidade normativa da sociedade permanece inalterada; a pena é a confirmação da identidade da sociedade, isto é, na estabilidade normativa que com a pena se alcança – desde que se pretenda -, pois esta é sempre a finalidade da pena³⁵.

Em relação a essa questão, Alexandre Araripe Marinho traz um exemplo cotidiano, simples e, ao mesmo tempo, elucidativo:

Transmutando o argumento para o real, convém indagar: se um dos nossos filhos subtraísse o lápis de um coleguinha de classe, deixaríamos de admoestá-lo somente porque o lápis não possui valor econômico “juridicamente relevante”? Encararíamos como “natural” esse fato? Invocaríamos o princípio da insignificância

34 LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**: Análise a luz da lei 9099/95 – Juizados Especiais Criminais e da Jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 80ç.

35 JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Coleção de estudos de direito penal, vol. I. São Paulo: Ed. Manole, São Paulo, 2003, p. 51

e nossa consciência estaria “salva”? Se não formos inteiramente irresponsáveis e negligentes, é óbvio que recriaríamos a criança, pois ensinar que não se deve subtrair o que é alheio faz parte do processo de socialização. E certamente recriaríamos com o castigo proporcional (quer pode ser até uma mera advertência), não em função do valor do lápis, mas em função de ser o ato em si de subtrair o que é alheio, lesivo para a norma de convivência social³⁶.

Ao Princípio da Insignificância falta uma conceituação expressa nos códigos jurídicos, posto que a ausência de previsão legal causa a sua falta de reconhecimento, tendo em vista que a indeterminação dos termos causa instabilidade à segurança jurídica, tendo em vista que ficam ao critério pessoal do aplicador do Direito os critérios de fixação e a determinação das condutas que são consideradas insignificantes para a incidência do princípio, condicionando-se ao critério subjetivo e empírico do magistrado e demais operadores do Direito³⁷.

4. A RELAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COM OUTROS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.

A função do Direito Penal é assegurar a defesa de bens jurídicos fundamentais: a vida, a integridade física e mental, a honra, a liberdade, o patrimônio, dentre outros³⁸. A punição é um direito que o Estado possui de aplicar, contra quem pratica uma ação ou omissão considerada típica pela lei penal, a pena prevista no preceito secundário da norma penal, por ter este indivíduo lesionado um bem jurídico de maneira reprovável³⁹.

36 FREITAS, André Guilherme Tavares & MARINHO, Alexandre Araripe. **Direito penal**. Teoria do Delito. Tombo II. Ed. Lumen Juris. 2006, p. 124/125

37 SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da Insignificância no Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2005. p. 93.

38 Júlio Fabbrini Mirabete. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2001. p. 23

39 José Frederico Marques. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Editora Bookseller. 1997. v. 1. p. 69-71.

Ao punir o delinquente, o escopo do Estado não é retribuir o mal causado, mas servir de alerta aos potenciais criminosos, para que não venham a delinquir, portanto, o interesse possui cunho social e nem tanto, individual⁴⁰.

O delinquente, independentemente de sua atuação, seja como autor, coautor ou partícipe, deverá responder penalmente pelo fato criminoso⁴¹. Porém, reprova-se o legislador quando este impõe uma pena que cause mais sofrimento do que o estritamente necessário⁴².

A tradição constitucional brasileira enaltece a liberdade como direito inviolável e também o princípio da legalidade dos delitos e das penas, sustentando que não há crime e não há pena sem lei prévia atual e certa⁴³.

A relação do Princípio da Legalidade e do Princípio da Insignificância é bastante complexa, posto que alguns doutrinadores sustentam a inaplicabilidade do princípio da insignificância, por este não se encontrar explicitado no ordenamento jurídico⁴⁴.

Entretanto, nem todos os princípios encontram-se explícitos no universo jurídico nas legislações de onde são provenientes, tendo em vista que existem princípios que são normativos e que outros não possuem esta característica, porém não há hierarquia entre eles, independentemente de serem explícitos ou não. A norma provém do princípio, mas não torna o princípio conteúdo de si mesmo⁴⁵. Apesar de aparentemente existir

40 Alexandre Moreira Magno Fernandes. **O Direito de Punir**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/31/1931/>>. Acesso em: 12 de outubro de 2017.

41 Alberto Silva Franco. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 21.

42 LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**: Análise a luz da lei 9099/95 – Juizados Especiais Criminais e da Jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 93.

43 LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 32.

44 LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**: Análise a luz da lei 9099/95 – Juizados Especiais Criminais e da Jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 71.

45 *Ibidem*, p. 71.

um conflito entre o Princípio da Legalidade e o Princípio da Insignificância, quando há desarmonia entre princípios, afasta-se o que está mais distante do fato, aplicando-se o que coaduna com a situação concreta, por estarem em conformidade com uma análise sistêmica⁴⁶.

A lei não é o único critério de aplicação da justiça, podendo ser superada pela interpretação do juiz; a liberdade e a justiça podem ultrapassar os limites da lei, estabelecendo regras de compreensão e aceitação das condutas que possam trazer um tratamento penal mais humanizado e ético, tornando patente a solidariedade no modelo social constitucional⁴⁷.

Conforme elucida Maurício Antônio Ribeiro Lopes:

Uma das relações mais importantes que trava o princípio da insignificância, sem qualquer sombra de dúvidas, é com o princípio da legalidade. São três os aspectos mais importantes dessa correlação. Os traços conjuntivos entre o princípio da insignificância e a ideia de tipicidade que deriva do princípio da legalidade; os traços relativos à insignificância e o *nullum crimen* e seus reflexos; e o elemento crítico que dá à insignificância uma extralegalidade sistêmica⁴⁸.

O Princípio da Insignificância relaciona-se intimamente com o princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade. Assim, o Direito Penal é a última *ratio*, atuando somente em última instância, indo apenas onde os outros ramos jurídicos não lograram êxito. Portanto, o Direito Penal caracteriza-se por seu caráter subsidiário; criminalizam-se apenas as condu-

46 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, conflito aparente de princípios. 12ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 251.

47 LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**: Análise a luz da lei 9099/95 – Juizados Especiais Criminais e da Jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 58.

48 *Ibidem*, p. 66.

tas que não puderam ser solucionadas pelos outros Estatutos Jurídicos. Ao elaborar as leis, o Legislador deve se ater ao princípio da intervenção mínima⁴⁹.

Complementando o Princípio da Intervenção Mínima e o Princípio da Insignificância, tem-se o Princípio da Fragmentariedade, fundamentando que apenas as condutas típicas que lesionem o bem jurídico tutelado devem ser apenadas⁵⁰.

O Princípio da Fragmentariedade decorre dos princípios da reserva legal e da intervenção necessária mínima. O direito Penal protege todos os bens jurídicos das violações, porém, apenas os mais importantes, não abarcando todo tipo de lesões, mas apenas aqueles casos mais grave. Destarte, o Direito Penal protege apenas um fragmento dos interesses jurídicos. Eis o porquê de ser chamado fragmentário⁵¹.

Rogério Greco, acerca deste princípio, explica magistralmente, salientando que o uso irrestrito do Direito Penal pode se tornar ineficaz:

Não se educa a sociedade por intermédio do Direito Penal. O raciocínio do Direito Penal Máximo nos conduz, obrigatoriamente, à sua falta de credibilidade. Quanto mais infrações penais, menores são as possibilidades de serem efetivamente punidas as condutas infratoras, tornando-se ainda mais seletivo e maior a cifra negra⁵².

A tipicidade existe quando há a relevância social. É o que preconiza o princípio da adequação social. Portanto, se há a adequação social na conduta, exclui-se a sua tipicidade. Tal princípio serve de norte para a criação

49 PRESTES, Cássio Vinicius D. C. V. Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 25.

50 SILVA, Ivan Luiz. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. Curitiba: Ed Juruá, 2004, p. 124.

51 Damásio de Jesus. **Código Penal Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 02.

52 GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. Niterói – RJ: Impetus, 2007. V.1, p. 19.

ou revogação dos fatos típicos, além de pautar a interpretação dos tipos penais existentes⁵³.

Conforme explica Alberto Silva Franco a respeito do Princípio da Proporcionalidade, o qual está indissociavelmente ligado ao Princípio da Insignificância:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabeleça-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionais, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade⁵⁴.

Existe o Princípio da Proibição de Excesso, ou seja, deve existir uma proporcionalidade da pena, a qual não poderá ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Assim sendo, a pena deve ser medida pela culpabilidade da pena que torna-se a medida da pena⁵⁵.

A pena deve guardar relação com a gravidade do crime. Portanto, casos que afetem minimamente o bem jurídico possuem um conteúdo de

53 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Volume 1. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 90.

54 FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5ª ed. São Paulo: RT. 1995, p. 67.

55 Damásio de Jesus. **Código Penal Anotado**. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 03.

injusto tão pequeno, que não suporta razão ética que implique na necessidade de aplicação da pena⁵⁶.

A criminalidade não diminui quando aumentam o número de condutas tipificadas. A sociedade sente-se desprotegida, pois o Estado não consegue diminuir a violência e não garante a segurança dos seus súditos. A marginalidade e a criminalidade aumentam pela certeza de impunidade e pela corrupção, facilitando mais ainda que os criminosos permaneçam impunes⁵⁷.

O Princípio da Lesividade considera que para que haja a tipificação de uma conduta é mister que haja um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem ao qual o Direito se propôs a tutelar. A intervenção estatal somente deverá ocorrer, no que tange à repressão penal, quando houver um dano efetivo e concreto ao bem jurídico tutelado. Portanto, o Estado não deve tipificar ações que não se provaram capazes de lesar ou colocar em perigo concreto o bem jurídico tutelado pelo Estado. Se não há dano ou perigo concreto ao bem jurídico, não há como se falar em tipo penal⁵⁸.

O Princípio da Humanidade prescreve que a pena deve ser aplicada a partir de uma justa ponderação entre a racionalidade e a proporcionalidade, conforme preconiza Cezar Roberto Bitencourt:

Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocia-

56 Maurício Antonio Ribeiro Lopes. **Princípio da Insignificância no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. P. 53.

57 VOLPE FILHO, Clovis Alberto. **Quanto mais comportamentos tipificados penalmente, menor o índice de criminalidade?** Disponível em www.jus.com.br/principal/doutrina/direitopenal/direitopenalminimo Acesso em 12 de outubro de 2017.

58 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1.V., p. 27 e 28.

lização dos condenados são corolários do princípio de humanidade⁵⁹.

Em relação ao Princípio da Equidade, Maurício Antonio Ribeiro Lopes elucida:

o princípio da insignificância se ajusta à equidade e correta interpretação do Direito. Por aquela, acolhe-se um sentimento de justiça, inspirado nos valores vigentes em uma sociedade, liberando-se o agente, cuja ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo Direito Penal. Por esta, se exige uma hermenêutica mais condizente do Direito, que não pode se ater a critérios inflexíveis de exegese, sob pena de se desvirtuar o sentido da própria norma e conduzir a graves injustiças⁶⁰.

A razoabilidade dá ao Direito a possibilidade material de realização da justiça quando da aplicação concreta da lei penal, reduzindo a normatividade positiva do Direito através da fixação criteriosa de métodos que incluem o levantamento ético-jurídico dos fatos praticados, interpretando a própria norma e o Direito como um todo⁶¹.

O Direito não pode ser inflexível e aplicado tal como se fosse uma ciência exata, posto que isto faz com que haja o distanciamento da realidade humana. É mister um equilíbrio na sua atuação e na utilização das decisões humanas. Este equilíbrio é justamente o que se verifica no Princípio da Bagatela, o qual se utiliza de critérios razoáveis, desconsiderando um fato como criminoso ao considerá-lo irrelevante e, portanto, sem reprovabilidade, impedindo a subsunção do fato à norma penal⁶².

59 *Ibidem*, p. 47.

60 Maurício Antonio Ribeiro Lopes. **Princípio da Insignificância no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 55.

61 FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5ª ed. São Paulo: RT. 1995, p. 56.

62 ACKEL FILHO, Diomar. **O Princípio da insignificância no direito penal**. Revista Jurisprudencial do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, abr-jun/1988, p. 73.

Tais princípios participam da mesma interação, através da complementação e do ajuste mútuo para a conceituação material do tipo de injústo⁶³.

Apesar de ser vista como causa excludente da tipicidade material, o princípio da insignificância faz parte de um postulado referente à política, reforçando o princípio da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal. Nesse sentido esclarece Assis Toledo: “Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai aonde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas”⁶⁴.

5. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Em relação ao crime bagatelar, a jurisprudência tem se manifestado no sentido de que o fato atípico não é ilícito penal, porém poderá fazer parte da conceituação de ilícito de outro ramo do Direito, podendo ser civil, administrativo ou ser tutelado por outros controles formais e sociais eficazes⁶⁵. Eis um exemplo de caso prático no tocante a lesões corporais:

PENAL E PROCESSUAL PENAL - LESÕES CORPORAIS LEVÍSSIMAS - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. 1)- A natureza levíssima das lesões corporais sofridas pela vítima, aliada à circunstância resultante de desinteligência doméstica em que o agente também ficou levemente lesionado, impõe a aplicação do princípio da insignificância, bastante a absolvê-lo das sanções do art. 129, do Código Penal. Precedentes de Jurisprudência. 2)- Improvimento do recurso.⁶⁶

⁶³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 133.

⁶⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 133.

⁶⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. v1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 150.

⁶⁶ BRASIL. AMAPÁ, Tribunal de Justiça, **RESENSES** 5495, Câmara Única, Relator: Juiz Convocado RAIMUNDO VALES, 1996

Mesmo havendo o preenchimento dos requisitos de fato típico formalmente falando, quando não há a infração à substância do bem juridicamente protegido, não há tipicidade:

(...) Ainda que formalmente a conduta executada pelo sujeito ativo preencha os elementos compositivos da norma incriminadora, mas não de forma substancial, é de se absolver o agente por atipicidade do comportamento realizado, porque o Direito Penal, em razão de sua natureza fragmentária e subsidiária, só deve intervir, para impor uma sanção, quando a conduta praticada por outrem ofenda o bem jurídico considerado essencial à vida em comum ou à personalidade do homem de forma intensa e relevante que resulte uma danosidade que lesione ou o coloque em perigo concreto” (TACrim. Apel. 998.073/2, Rel. Márcio Bártoli, 03.01.1996)⁶⁷.

Por não haver expressamente o Princípio da Insignificância no ordenamento pátrio, as características do caso concreto e a formação ideológica do magistrado servirão de embasamento para se qualificar o que é bagatela e o que não é. Conforme preceitua Luiz Flávio Gomes: “os juízes adeptos da ideologia punitivista da segurança tendem a aplicar a insignificância restritivamente; ao contrário, os juízes que seguem a ideologia humanista da equidade tendem a admitir a insignificância formal mais ampla”⁶⁸. Quando há o emprego de violência, a jurisprudência tem excluído o império do Princípio da Insignificância:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Embora atualmente, em razão do alto índice de criminalidade e da conseqüente intranquilidade social, o Direito Penal brasileiro venha apresentando características mais intervencionistas, persiste o

67 SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 165-166.

68 GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.158.

seu caráter fragmentário e subsidiário, dependendo a sua atuação da existência de ofensa a bem jurídico relevante, não defendido de forma eficaz por outros ramos do direito, de maneira que se mostre necessária a imposição de sanção penal. 2. Em determinadas hipóteses, aplicável o princípio da insignificância, que, como assentado pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 84.412-0/SP, deve ter em conta a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 3. Tratando-se de tentativa de furto qualificado, fazendo uso de um alicate de unhas para retirar os sensores de alarme existentes nas peças de roupa, de 3 camisetas e 7 bermudas, avaliadas em R\$ 275,00 (duzentos e setenta e cinco reais), não é de se falar em mínima ofensividade da conduta, revelando o comportamento da agente relativa periculosidade social e significativo grau de reprovabilidade. Inaplicável, destarte, o princípio da insignificância. 4. Ordem denegada⁶⁹.

RECURSO ESPECIAL. SUBTRAÇÃO DO DINHEIRO DE VÍTIMA IDOSA, COMETIDO COM USO DE CONTATO FÍSICO. CONDENÇÃO PELO CRIME DE FURTO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA RELEVANTE. REPERCUSSÃO SOCIAL. 1. O pequeno valor da res furtiva não se traduz, automaticamente, na aplicação do princípio da insignificância. Além do valor monetário, deve-se conjugar as circunstâncias e o resultado do crime, tudo de modo a determinar se houve relevante lesão jurídica. Precedentes do STF. 2. Tendo o fato criminoso ocorrido contra vítima analfabeta e de 68 anos de idade, que teve seu dinheiro sacado do bolso de sua calça, em via pública, em plena luz do dia, é inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão. Precedentes. 3. O princípio da bagatela, ou do desinteresse penal, consectário do corolário da intervenção

69 BRASIL. PERNAMBUCO, Superior Tribunal de Justiça, 6ªT, HC 83.027, Relator: Min. Paulo Gallotti, 2008.

mínima, deve ser aplicado com parcimônia, restringindo-se apenas às condutas sem tipicidade penal, desinteressantes ao ordenamento positivo, o que não é o caso dos autos. 4. Recurso provido⁷⁰.

O Princípio da Insignificância tem sido observado até mesmo quando se trata de infrações ambientais, desde que realmente não sejam substancialmente típicos:

AÇÃO PENAL. Crime ambiental. Pescador flagrado com doze camarões e rede de pesca, em desacordo com a Portaria 84/02, do IBAMA. Art. 34, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/98. *Res furtiva* de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Crime de bagatela. Caracterização. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou *habeas corpus*, ser absolvido por atipicidade do comportamento⁷¹

Em relação à atividade de flanelinha, a jurisprudência já se manifestou:

Lei das Contravenções Penais. Imputação aos pacientes da prática do delito de exercício ilegal de profissão. ‘Flanelinhas’. (...) A profissão de guardador e lavador autônomo de veículos automotores está regulamentada pela Lei 6.242/1975, que determina, em seu art. 1º, que o seu exercício ‘depende de registro na Delegacia Regional do Trabalho competente’. Entretanto, a não observância dessa disposição legal pelos pacientes não gerou lesão relevante ao bem jurídico tutelado pela norma, bem como

70 BRASIL. RIO GRANDE DO SUL, Superior Tribunal de Justiça, 5ªT, REsp 835-553, Relatora: Min. Laurita Vaz, 2007.

71 BRASIL. DISTRITO FEDERAL, Supremo Tribunal Federal, HC 112-563, 2ªT. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 2012.

não revelou elevado grau de reprovabilidade, razão pela qual é aplicável, à hipótese dos autos, o princípio da insignificância⁷².

Não basta que o valor do bem jurídico tutelado seja ínfimo, atesta a jurisprudência:

Receptação de bens avaliados em R\$ 258,00. Aplicabilidade do princípio da insignificância: inviabilidade. Alto grau de reprovabilidade da conduta. (...) Nas circunstâncias do caso, o fato não é penalmente irrelevante do ponto de vista social, pois, além do valor dos bens receptados terem sido avaliados em R\$ 258,00, o que equivale a 86% do salário mínimo da época em que se deram os fatos, o crime de receptação estimula outros crimes até mais graves, como latrocínio e roubo⁷³.

A jurisprudência continua esclarecedora sobre o tema:

FURTO SIMPLES. CRIME IMPOSSÍVEL. SISTEMA ELETRÔNICO DE VIGILÂNCIA. PRINCÍPIO. INSIGNIFICÂNCIA. RES FURTIVA. VALOR IRRISÓRIO.

A Turma, cassando a liminar deferida, denegou a ordem na qual se pretendia o reconhecimento da ocorrência de crime impossível ou absolvição do paciente pela aplicação direta do princípio da insignificância e, subsidiariamente, a alteração do regime inicial de cumprimento da pena. Na espécie, o paciente foi condenado, pelo delito descrito no art. 155, *caput*, do Código Penal (CP), à pena de três anos e quatro meses de reclusão em regime semiaberto. Inicialmente, ressaltou o Min. Relator, a posição firmada neste Superior Tribunal em diversos precedentes de que a presença de sistema eletrônico de vigilância no estabelecimento comercial não se mostra infalível para im-

72 BRASIL. DISTRITO FEDERAL, Supremo Tribunal Federal, HC 115.046, 2ª T, Relator: Ricardo Lewandowski, 2013.

73 BRASIL. DISTRITO FEDERAL, Supremo Tribunal Federal, HC 108.946, 1ª T, rel. min. Cármen Lúcia, 2011

pedir a consumação dos delitos de furto. Logo, não seria o caso do reconhecimento da figura do crime impossível. Em seguida, destacou que, para a exclusão da tipicidade material pela aplicação do princípio da insignificância, como consabido, seria necessária a apreciação dos seguintes requisitos: a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovação do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. (...). Precedente citado do STF: HC 84.412-SP, DJ 19/11/2004. HC 181.138-MG, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 8/11/2011⁷⁴.

E ainda:

E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - TENTATIVA DE FURTO SIMPLES (CP, ART. 155, “CAPUT”) DE CINCO BARRAS DE CHOCOLATE - “RES FURTIVA” NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 20,00 (EQUIVALENTE A 4,3% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO PARA ABSOLVER O PACIENTE. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significati-

74 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 181.138-MG, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 8/11/2011. 5ª Turma, STJ. Noticiado no Informativo STJ 487.

va lesividade. - O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Precedentes. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O FATO INSIGNIFICANTE, PORQUE DESTITUÍDO DE TIPICIDADE PENAL, IMPORTA EM ABSOLVIÇÃO CRIMINAL DO RÉU. - A aplicação do princípio da insignificância, por excluir a própria tipicidade material da conduta atribuída ao agente, importa, necessariamente, na absolvição penal do réu (CPP, art. 386, III), eis que o fato insignificante, por ser atípico, não se reveste de relevo jurídico-penal. Precedentes⁷⁵.

Em alguns casos, o Superior Tribunal de Justiça aplica o princípio da insignificância mesmo quando o réu possua maus antecedentes e seja rein-

75 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 98152 MG - MINAS GERAIS, Rel. Ministro Ayres Brito, julgado em 19/05/2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28162578%2EENUME%2E+OU+162578%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 10.outubro de 2017.

cidente⁷⁶ no crime de descaminho⁷⁷ (quando o valor do imposto não recolhido seja inferior a R\$ 10.000,00, conforme o art. 20 da Lei 10.522/02)⁷⁸, em alguns crimes ambientais⁷⁹ em alguns crime de furto⁸⁰ desde que respeitados os corolários básicos do princípio.

Porém, em alguns julgados, o mesmo Egrégio Tribunal, não admite a aplicação do princípio de bagatela quando o réu possuir maus antecedentes, for reincidente ou considerado criminoso contumaz, que utiliza o crime como atividade habitual⁸¹ ou tiver cometido crime de descaminho⁸², no crime de roubo⁸³, no crime de tráfico de drogas⁸⁴, dentre outros.

76 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 162.578/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, quinta turma, julgado em 18/08/2011, DJe 01/09/2011. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=162578&b=ACOR. Acesso em 10 de outubro de 2017.

77 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1241940/PR, Rel. Ministro Gilson Dipp, quinta turma, julgado em 16/08/2011, DJe 31/08/2011. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1241940&b=ACOR. Acesso em 10. outubro

78 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 957.736/RS, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), sexta turma, julgado em 23/08/2011, DJe 08/09/2011. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=957736&b=ACOR. Acesso em 10 de outubro de 2017.

79 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 128.566/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, sexta turma, julgado em 31/05/2011, DJe 15/06/2011. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=128566&b=ACOR. Acesso em 12 de outubro de 2017.

80 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 169.029-RS. Rel. originário Ministro Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 16/2/2012. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=169029&b=ACOR. Acesso em 12 de outubro de 2017.

81 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 162.578/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, quinta turma, julgado em 18/08/2011, DJe 01/09/2011. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=162578&b=ACOR. Acesso em 11 de outubro de 2017.

82 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1241940/PR, Rel. Ministro Gilson Dipp, quinta turma, julgado em 16/08/2011, DJe 31/08/2011. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1241940&b=ACOR. Acesso em 11 de outubro de 2017.

83 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 188.177-RS, Rel. Ministro. Og Fernandes, sexta turma, julgado em 19/5/2011. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=188177&b=ACOR. Acesso em 11 de outubro de 2017.

84 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 191.347/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, sexta turma, julgado em 28/04/2011, DJe 16/05/2011. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=191347&b=ACOR. Acesso em 10 de outubro de 2017.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça aprovou uma súmula que torna inaplicável o princípio da insignificância em caso de violência doméstica: “Súmula 589: É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas”⁸⁵.

6. CONCLUSÃO

Conclui-se com base no presente estudo que a doutrina e a jurisprudência pátrias admitem a aplicação do princípio da insignificância ou bagatela, embasados pelo conceito de Direito Penal Mínimo, considerando tal princípio como causa supralegal de exclusão da tipicidade penal, sob a ótica material.

Destarte, quando a conduta que se encaixa no fato típico possui mínima ofensividade, não possui periculosidade na ação, considerando-se reduzido o grau de reprovabilidade e lesão jurídica provocada inexpressiva, tal fato será tido como atípico, não cabendo nenhum tipo de pena ao agente.

Porém, parte da doutrina entende que a adoção do princípio da bagatela pode causar uma repercussão social negativa, tendo em vista abalar a estabilidade e segurança sociais.

Entretanto, deve-se estar atento aos motivos referentes à Política Criminal, que muitas vezes observa o sistema prisional abarrotado de criminosos que atingiram bens jurídicos irrelevantes e acabam onerando o sistema de todas as formas possíveis.

Seria necessário que o legislador criasse um padrão objetivo para que o princípio pudesse ser aplicado de uma forma mais eficaz e justa, não comprometendo o sentimento de segurança e estabilidade sociais, que são fundamento do Estado Democrático de Direito.

O Princípio da Insignificância é necessário, apesar de possuir apenas natureza doutrinária e não legal, posto que o ordenamento jurídico não é

85 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmulas do STJ**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?vPortalArea=471>. Acesso em 12 de outubro de 2017.

meramente o que está positivado, e os princípios doutrinários servem de norte para aplicação justa e ética do Direito. Tanto o legislador quando os súditos do Estado não podem se vincular apenas à legalidade, posto que o Direito é um conjunto de normas, englobando tanto princípios quanto regras.

O Princípio da Insignificância é um princípio implícito, integrado aos fundamentos do Estado Democrático do Direito, resguardando a dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade da aplicação da pena nos casos que possuam mínima relevância, evitando-se injustiça e a utilização do ordenamento penal apenas como instrumentos de alzoques ou exacerbação do poder Estatal.

O Direito Penal é a última *ratio*, portanto, casos de somenos importância podem ser resolvidos em outras searas jurídicas; apenas quando os outros ramos são ineficazes é que o Direito Penal deve se apresentar para a solução do litígio. A incidência do Direito Penal deve ocorrer apenas em casos de relevância social e que causem dano concreto e mensurável à sociedade; aí sim deve estar presente a sanção penal.

Apenas em casos que justifiquem a quebra da paz social é que o Direito Penal deve ser invocado; apenas em casos relevantes, o que não é o caso dos fatos que são caracterizados pela insignificância ou bagatela.

Trata-se de uma forma de limitação do poder de punir do Estado, garantindo que haja uma efetiva proporcionalidade entre a conduta grave que se pretende punir e a real necessidade da presença do Estado. Quando há a caracterização da insignificância, não se justifica a intervenção estatal. O Direito Penal deve ser aplicado de forma subsidiária, apenas quando os outros meios de proteção estatal não obtiveram êxito em seus misteres.

Não se justifica a penalização de determinadas condutas e o aumento de penas visando a combater a violência e conter os índices de ocorrência de crimes; apenas as condutas que a sociedade realmente reprova devem ser apenadas.

Para que se vislumbre o Estado Democrático de Direito, é necessária a prevalência de um Direito Penal Mínimo, que apenas sirva como forma de prevenção e garantia da ordem social. A impunidade e violência não

advêm de atos insignificantes, mas do despreparo da máquina estatal para conter a criminalidade.

O Direito visa à segurança e à harmonia social e não apenas a satisfazer os ditames da vingança ou justificar a efetiva atividade jurisdicional do Estado.

7. REFERÊNCIAS:

ACKEL FILHO, Diomar. **O Princípio da insignificância no direito penal**. Revista Jurisprudencial do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, abr-jun/1988.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1.V.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: Parte Geral. vol. 1. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**: conflito aparente de princípios. 12ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BRASIL. AMAPÁ, Tribunal de Justiça, **RECSENSES 5495**, Câmara Única, Relator: Juiz Convocado RAIMUNDO VALES, 1996

BRASIL. DISTRITO FEDERAL, Supremo Tribunal Federal, **HC 108.946**, 1ª T, rel. min. Cármen Lúcia, 2011

BRASIL. DISTRITO FEDERAL, Supremo Tribunal Federal, **HC 112.563**, 2ªT. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 2012.

BRASIL. DISTRITO FEDERAL, Supremo Tribunal Federal, **HC 115.046**, 2ª T, Relator: Ricardo Lewandowski, 2013.

BRASIL. PERNAMBUCO, Superior Tribunal de Justiça, 6ªT, **HC 83.027**, Relator: Min. Paulo Gallotti, 2008.

BRASIL. RIO GRANDE DO SUL, Superior Tribunal de Justiça, 5ªT, **REsp 835.553**, Relatora: Min. Laurita Vaz, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. v1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

FERNANDES, Alexandre Moreira Magno. **O Direito de Punir**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/31/1931/>>. Acesso em: 12 de outubro de 2017.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5ª ed. São Paulo: RT. 1995.

FREITAS, André Guilherme Tavares & MARINHO, Alexandre Araripe. **Direito penal**: Teoria do Delito. Tombo II. Ed. Lumen Juris. 2006

GOMES, Luis Flávio. Delito de Bagatela: **Princípio da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: vol. 1 n. 1, 2001.

GOMES, Luis Flávio. Revista Diálogo Jurídico. **Delito de Bagatela**: Princípio da Insignificância e da irrelevância penal do fato. Ano 1 – Vol. I. N.º 1. Abril de 2001. Salvador/BA. Disponível no site: www.direitopublico.com.br. Acesso em 12 de outubro de 2017.

GOMES, Luiz Flavio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v 2.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

JAKOBS, Günter. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Coleção de estudos de direito penal, vol. I. São Paulo: Ed. Manole, São Paulo, 2003, p. 51

JESUS, Damásio E. **Código Penal Anotado**. São Paulo: Saraiva. 2012.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal: Análise à luz da lei 9099/95 – Juizados Especiais Criminais e da Jurisprudência atual**. São Paulo: RT, 1997.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios constitucionais penais**. 2ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Editora Bookseller. 1997. v. 1..

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2001.

PRADO, Luis Régis. **Curso de direito penal brasileiro: Parte Geral**. vol 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRESTES, Cássio Vinicius D. C. V. Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2003

REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da Insignificância: Interpretação Jurisprudencial**. Belo Horizonte: Editora Del Rey: 2000.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Barcelo: Bosch, 1972.

SANTOS, Mauricio Macedo. **Análise do Princípio da insignificância após a edição da Lei 9.099/95**. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/>>. Acesso em 24 de agosto de 2017.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. 1. ed. (ano 2004), 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no REsp 957.736/RS**, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), sexta turma, julgado em 23/08/2011, DJe 08/09/2011. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=957736&b=ACOR. Acesso em 10 de outubro de 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC 128.566/SP**, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, sexta turma, julgado em 31/05/2011, DJe 15/06/2011. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=128566&b=ACOR. Acesso em 12 de outubro de 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC 162.578/SP**, Rel. Ministra Laurita Vaz, quinta turma, julgado em 18/08/2011, DJe 01/09/2011. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=162578&b=ACOR. Acesso em 10 de outubro de 2017. julgado em 16/08/2011, DJe 31/08/2011. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1241940&b=ACOR. Acesso em 10.outubro

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC 169.029-RS**. Rel. originário Ministro Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 16/2/2012. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=169029&b=ACOR. Acesso em 12 de outubro de 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC 181.138-MG**, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 8/11/2011. 5ª Turma, STJ. Noticiado no Informativo STJ 487.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC 188.177-RS**, Rel. Ministro. Og Fernandes, sexta turma, julgado em 19/5/2011. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=188177&b=ACOR. Acesso em 11 de outubro de 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC 191.347/SP**, Rel. Ministro Og Fernandes, sexta turma, julgado em 28/04/2011, DJe 16/05/2011. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=191347&b=ACOR. Acesso em 10 de outubro de 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1241940/PR**, Rel. Ministro Gilson Dipp, quinta turma, julgado em 16/08/2011, DJe 31/08/2011. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1241940&b=ACOR. Acesso em 11 de outubro de 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmulas do STJ**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?vPortalArea=471>. Acesso em 12 de outubro de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 98152 / MG - MINAS GERAIS**, Rel. Ministro Ayres Brito, julgado em 19/05/2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28162578%2ENUME%2E+OU+162578%2EACMS%2E%29&base=baseAcordados>. Acesso em 10. outubro de 2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1999.

UNIVERSIDADE de São Paulo. **Declaração de direitos do homem e do cidadão - 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 de setembro de 2017.

VOLPE FILHO, Clovis Alberto. **Quanto mais comportamentos tipificados penalmente, menor o índice de criminalidade?** Disponível em www.jus.com.br/principal/doutrina/direitopenal/direitopenalminimo Acesso em 12 de outubro de 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de derecho penal**. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2000.

Jargões Corporativos e a Identidade da Organização

Luiz Antônio Gaulia

Jornalista e Mestre em Comunicação e Sustentabilidade pela PUC-Rio

O que conta na democracia é a aparência. Não por acaso os defensores dela na Grécia eram os sofistas, os mesmos caras que negavam a existência de qualquer verdade e reduziam o conhecimento à retórica.

(Pondé, Filosofia para Corajosos)

RESUMO: O artigo busca apontar caminhos para o entendimento dos códigos organizacionais e dos jargões corporativos que moldam e reforçam comportamentos e práticas de grupos. Sejam estes grupos empresariais ou instituições governamentais, assim como o Poder Judiciário. Os jargões e os comportamentos específicos de grupos são códigos carregados de simbolismo cujos significados só são claros para os seus membros.

PALAVRAS-CHAVE: Comunicação, linguagem, marca, jargões corporativos, identidade, burocracia, cultura organizacional.

KEY WORDS: *Communications, language, brand, corporate jargons, identity, bureocracy, organizational culture.*

ABSTRACT: *The article search ways to explain organizational codes and the corporate jargons that strenght practicers and groups behaviours. Business groups or governamental institutions as the Judiciary. Corporate jargons and specific behaviours are codes fullfilled by symbolism that only their members understand.*

A mente humana é um arquivo de altíssima tecnologia, capaz de armazenar imagens, palavras, sons, sensações, emoções, memórias e pensamentos. Nossas ações sociais e atividades profissionais são reflexo e

resultado desse conjunto maravilhoso de circuitos nervosos e sinapses que fazem do cérebro humano uma dádiva que poderíamos até considerar como divina. Mas como este não é um texto espiritualista, vamos focar na racionalidade para avançarmos naquilo que considero essencial dentro de uma organização humana, seja ela uma empresa privada, estatal, uma instituição pública, ou um órgão da máquina burocrática governamental.

Qual é o ponto em comum entre todas elas? Todas funcionam a partir do resultado da **comunicação** entre as pessoas, da comunicação interpessoal, assim como da comunicação intrapessoal, que também influencia os ambientes de trabalho e a interação entre os indivíduos. Somos aquilo que nossa mente percebe, e se lembrarmos *A Roupa Nova do Imperador* - apesar de ser um conto infantil -, temos uma valiosa contribuição sobre como os modelos mentais, influenciados pela comunicação no grupo ao qual pertencemos, interferem em nosso cotidiano e em nossas discussões, atitudes e omissões.

Os lugares não são apenas lugares, nem as coisas são apenas coisas, como disse o publicitário Ricardo Guimarães, presidente da Thymus Branding, numa palestra na Universidade Estácio. As coisas são também o significado das coisas, dos artefatos, dos ritos, dos hábitos e, assim como a linguagem, evidenciam crenças de um grupo de sujeitos, seja uma empresa, uma tribo, um clube, uma instituição ou um povo inteiro.

As organizações de um modo geral e também todas as entidades burocráticas funcionam a partir de modelos mentais compartilhados e repetidos, muitas vezes ensinados e retransmitidos aos novos integrantes da corporação simplesmente pelo comportamento, muito mais do que pela fala ou pela escrita. Um enorme universo simbólico próprio e único integra a organização. De acordo com Peter Berger, os universos simbólicos legitimam a ordem institucional e social, de modo a permitir que os indivíduos se localizem a fim de que os papéis sociais se tornem o modo de participação aceito pelo grupo (Berger & Luckmann, 2009, pg. 132).

Segundo David Brooks, temos um desejo pela fusão, ansiamos pela harmonia e queremos nos sentir em sintonia com os nossos arredores, buscando modelos mentais internos que se encaixem nos modelos do mundo.

“Uma vez que as pessoas se sentem parte de um grupo, há uma forte pressão institucional para entrarem em conformidade com suas normas.”

(Brooks, 2011, pg. 240)

Assim, me parece perfeitamente claro que a busca por um pertencimento e uma aceitação nossa pelo grupo do qual participamos ou queremos participar faça com que as pessoas aceitem as regras da organização na qual atuam, muitas vezes sem questionamentos. Os jargões e o simbolismo do grupo, portanto, tendem a influenciar e a moldar o indivíduo numa espécie de coesão coletiva. Afinal, o modelo de poder que melhor se exerce é aquele que menos se percebe como tal, e ao assimilarmos jargões e vocabulários, bem como ritos e hábitos, estamos de certa forma soldados naquela cultura, inseridos e aceitos numa espécie de unidade grupal.

INFORMAR NÃO É COMUNICAR.

A comunicação é troca de códigos, compartilhamento de sentidos e visões de mundo. Podemos inferir que todas as organizações funcionam através da comunicação entre seus componentes e, neste ponto, é importante destacarmos de quais comunicações estamos falando. Como profissional da área de comunicação empresarial, compartilho antes de tudo um conceito vital para enriquecer esta reflexão, em conjunto com você, leitor(a), a saber: informação não é comunicação.

A entrega de textos, envio de dados, publicação de informativos e gritos de ordens não caracterizam a comunicação de fato. Podem caracterizar a propaganda, repetida e distribuída em excesso exatamente para moldar a mente pela quantidade de repetições. Mas para a comunicação, propaganda só não basta, apesar de ser forte mecanismo de lavagem cerebral quando repetida *ad infinitum*.

Num simples exercício, ao dividirmos a palavra comunicação, perceberemos que *ação* e *comum* estão reunidas no vocábulo. Comunicar, portanto, estaria mais para o diálogo, a interação e a relação, e informar estaria mais para o universo de mídias e dos veículos (quadros, murais, atas, infor-

mativos, cartazes nas paredes, banners eletrônicos nos *websites*, letreiros luminosos, propaganda nas páginas das revistas e dos jornais etc.). Ou seja, comunicar, de fato, demanda vínculo, relacionamento e é por isso que em muitas organizações a comunicação face a face tem grande dificuldade de se fazer fluida e eficiente, visto que o envio de um correio eletrônico ou mensagem pelo *Whastapp* substitui a proximidade física e sua necessária inevitável reciprocidade emocional.

Assim, comunicação, entendida como ação em comum, demanda inquestionavelmente relacionamento. É por isso que muitas empresas de marketing já consideram o interlocutor como substituto do antigo público-alvo (*target* do original em inglês). Vale ressaltar, nesse sentido, a palavra de um especialista no tema, Marty Neumeier: “Os profissionais de marketing percebem que criar uma marca não é estampar uma logo em tudo que se move. Trata-se de gerenciar relacionamentos entre organizações e seus componentes, conduzir uma conversa entre muitas pessoas por vários canais. Interagir com pessoas onde quer que elas estejam”. (Neumeier, *O Abismo da Marca*, 2008, Bookman, pg.87). Companhias cujas marcas se destacam no mercado não possuem somente consumidores, mas seguidores do estilo de vida representado por aquela marca e seu universo simbólico particular. Empresas e organizações humanas possuem identidades próprias representadas de forma imaginária pelo seu nome e todo conjunto simbólico atrelado a ele.

Desta forma, ao pronunciar o nome Nike, imediatamente teremos uma imagem pronta a respeito dessa empresa de calçados esportivos, assim também a teremos para marcas e nomes de diferentes segmentos como Rolex, Ferrari, Nasa, Petrobras, ABIN ou TSE.

Mas as empresas privadas são empurradas pelo ritmo da concorrência e da inovação, fruto das imensas pressões mercadológicas e econômicas, e respondem de forma mais rápida diante de mudanças. Já os organismos de Estado, pelo contrário, baseados na burocracia e no controle para se fazerem funcionar, são paquidérmicos em seus movimentos. Assim, chegamos ao título desse texto e ao nosso objetivo: esclarecer que determinada linguagem, que determinado conjunto de jargões corporativos

não são fruto do acaso, mas refletem o *modus operandi* e de poder dentro de determinada organização como também se fazem influentes no ritmo de trabalho, na eficiência e no funcionamento cotidiano da instituição, bem como seu hábitos e diálogos. Em benefício dos contribuintes ou em benefício de seus próprios integrantes.

SLOGANS, JARGÕES E EXPRESSÕES DA TRIBO.

A palavra *slogan*, utilizada atualmente para identificar bordões e frases de efeito para embalar produtos e serviços, tem sua origem na Escócia e originalmente remetia a um grito de guerra compartilhado entre os membros de uma tribo diante do enfrentamento de uma tribo inimiga. Palavras de ordem, linguajar único e gritos de guerra são, portanto, resíduos tribais que ainda fazem parte da nossa cultura social e impregnam também nossas organizações. Assim, por exemplo, times de futebol possuem seus estandartes, simbologias e expressões próprias. O mesmo vale para grandes empresas e para a área judiciária, que possui seus rituais, suas vestimentas e um vocabulário característico e singular, que só é entendido em sua plenitude pelos iniciados naquela cultura corporativa. Tudo normal, humanamente normal, pois a área médica, as engenharias, o marketing e até ONGs também possuem um linguajar que reforça seu universo e que só é inteligível aos seus membros.

Uma grande companhia norte-americana, por exemplo, certamente possuirá termos e expressões próprios de sua cultura empresarial, do seu jeito de falar, agir e trabalhar. Jargões como *empowerment* ou empoderamento (delegação e maior autonomia de poderes para os empregados dentro da empresa), *endomarketing* (marketing dirigido para os empregados), *follow up* (acompanhamento de um processo ou de um projeto) e *expertise* (conhecimento técnico ou especialidade de um profissional) são termos de um linguajar corporativo comum no ambiente de negócios de uma corporação multinacional. Muitos deles já estão em uso também nas empresas brasileiras.

Os jargões, nesses casos empresariais, não precisam ser necessariamente em inglês, podem ser também em português e são sempre repeti-

dos nas reuniões de trabalho. Vale ressaltar expressões como: *Faz parte do nosso DNA*, para comprovar que uma determinada característica é parte genuína da organização e seu modo de operar; *Quebra de paradigmas*, para divulgar que uma mudança organizacional deve ser aceita; *Vestir a camisa*, para reforçar a união da equipe enquanto um time de trabalho; *Pensar fora da caixa*, para buscar soluções inovadoras para velhos problemas; *Brilho nos olhos*, para ressaltar que a empresa precisa de gente motivada nas suas fileiras; e palavras como *sinergia*, *alavancar*, *agregar valor* e mais recentemente *disruptivo* (diante da revolução digital) são outros exemplos numa lista bastante grande. Visitem as empresas, e esse vocabulário estará nas mesas de reunião de centenas delas. Faz parte da realidade do mundo dos negócios.

É interessante lembrar também que determinadas companhias, brasileiras ou não, possuem ainda formas singulares de identificar seus empregados. Sejam eles considerados colaboradores, funcionários ou associados, ou ainda identificados como IBeMistas, como na IBM; Estacianos, como na Universidade Estácio de Sá; Variguanos, como na antiga companhia aérea Varig; ou ainda UPSers, como na empresa de logística norte-americana UPS, e os *Instagramers* da rede social Instagram, entre outros exemplos. Outras como a Starbucks, por exemplo, possuem até livretos descrevendo para seus empregados seu jeito único de ser e falar (*Green Apron Book* ou livro do avental verde).

O fato é que empresas privadas, empresas públicas ou instituições de governo possuem rituais e maneiras de ser e falar exclusivas. Na verdade, poderíamos ligar esses modelos a heranças tribais. Afinal, tribos indígenas sempre tiveram seus totens, plumagens, cores, danças, ritos e hábitos que definiam como cada membro deveria ser e agir na comunidade, não é mesmo? Assim como bandos e gangues de criminosos.

No universo do direito e numa visita a um tribunal de justiça, pelos corredores, podemos escutar diferentes termos que recheiam este ambiente. Trata-se do juridiquês, que tem em suas expressões latinas utilizadas pelos advogados um conjunto de vasta aplicação. Como, por exemplo, a famosa *Data venia*, que significa “dada a permissão” e que também

pode ser substituída por sua versão em português, “com a devida vênia” (com a devida permissão), ambas utilizadas para reforçar o respeito de um contra-argumento, muito comum nos julgamentos. Diversos outros exemplos podem ser citados neste verdadeiro sistema planetário do juridiquês em suas expressões latinas: *ab ovo* (desde o começo); *in dubio pro reu* (na dúvida, pelo réu); *habeas corpus* (que significa “que tenhas o corpo”, para proteger a liberdade de locomoção de um cidadão) e ainda outras expressões como *legem habemus*, *animus furandi*, *erga omnes* etc. Além, é claro, do juridiquês na língua portuguesa: corpo de delito, crime hediondo, juiz togado, decisão monocrática, intimação, revel e por aí vamos... Ou seja, em Roma, como os romanos. Cada instituição sempre possuirá códigos próprios, nem sempre inteligíveis para as pessoas de fora desse grupo. Lembrando sempre que as posturas corporais, os interditos e os silêncios também fazem parte do arcabouço simbólico das organizações.

Qual é o sentido desse linguajar, dessa simbologia? Reforçar o sentimento de pertencer e as práticas e os discursos permitidos, principalmente. Reforçar vínculos, apontar para a união de todos como um atributo valioso da cultura, da defesa da imagem e da reputação da instituição. E claro, nessa linha de raciocínio, defender a marca para a qual trabalham ao se sentirem parte dessa organização, dessa família, dessa tribo, do clube, do povo ao qual pertencem.

Ao longo dos anos trabalhando como gestor de projetos de comunicação junto a grandes organizações das áreas de petróleo, gás, mineração, cosmética, alimentos e educação superior entre outras, pude perceber que, muito mais do que a informação distribuída ou os comunicados formais realizados, aquilo que não é dito - o silêncio - também comunica de forma patente a realidade e o contexto no qual atuam os membros das organizações. Os silêncios e os interditos reforçam o jeito de ser das organizações numa proporção muito maior que aquilo que é comunicado de forma transparente. A imagem da ponta aparente de um iceberg flutuando no mar, cuja dimensão submersa é muito maior, nos ilustra de forma clara a força oculta dessa característica organizacional.

Nesse sentido, minha pergunta e convite ao leitor(a) é a de até que ponto os jargões e os rituais ensaiados e bastante monótonos para os contribuintes e *outsiders* existentes nas instituições do judiciário criam um aparente faz de conta capaz de atenuar a pressão daquilo que está submerso nas relações, nas comunicações e no dia a dia burocrático dessa instituição chamada Justiça? De forma proposital ou por conveniência, trazer uma comunicação de fato transparente – como a que as leis do mercado obrigam, cada vez mais, as empresas privadas a praticar – seria uma utopia irrealizável e indigesta para a tradição dessa instituição? Quem quer, de fato, diálogo?

FINALIZANDO NOSSA CONVERSA. UMA REVOLUÇÃO ESTÁ EM CURSO.

A existência de jargões corporativos típicos, assim como rituais, vestuário, cores, estandartes, carimbos e bandeiras, constroem o simbolismo concreto e imaginário pelo qual uma determinada cultura corporativa orienta e alimenta seus membros, bem como consolida e reforça sua identidade. As organizações humanas podem ter traços comuns entre si, mas é nas burocracias que encontramos determinadas características repetidas nas suas formas de atuação.

O fato é que dominar a linguagem de uma instituição – seus jargões corporativos e rituais de relacionamento entre seus pares e seus diferentes interlocutores – facilita aos participantes compreender o *modus operandi* da organização. Quem desvenda os significados desvenda também os labirintos sutis das relações de poder, dos fluxos de cumprimento de ordens e a obtenção de privilégios e recompensas. Os jargões corporativos servem como uma defesa aos indivíduos externos, de fora da organização.

Afinal, o sentido maior de um grupo ao se associar é com certeza compartilhar valores homogêneos e evitar pluralidades e dissidentes (estes sempre perigosos ao chamado *esprit de corps*). Ao orientar-se por um linguajar específico com jargões próprios, representações e sistemas de classificação agrupados de tal forma a permitir que esse mesmo grupo perpetue sua capacidade de poder exercido de forma simbólica perante os não membros.

A revolução digital dos últimos anos tem colocado desafios inéditos para diferentes organizações, sejam elas empresas ou instituições. A multiplicação da capacidade de opinião, de influência e de mobilização virtual de cidadãos comuns tem criado uma pressão por transparência, mudanças nos métodos e entendimento de processos internos que até poucos anos atrás eram de exclusivo conhecimento dos membros dessas organizações. Empresas privadas e executivos estão com suas entranhas à mostra e o mesmo vale para os agentes do estado e as instituições governamentais. Todos estão, cada vez mais, com suas reputações analisadas sob a lupa de uma sociedade conectada em rede, opinativa e crítica.

Para o bem ou para o mal, os jargões corporativos estão sendo desvendados e decifrados pelas multidões em um tempo de aceleradas transformações tecnológicas digitais.

BIBLIOGRAFIA:

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – O JUDICIÁRIO AO ALCANCE DE TODOS: Noções básicas de juridiquês – Brasília: AMB 2007;

BARBOSA, Livia – CULTURA E EMPRESAS - RIO DE JANEIRO: JORGE ZAHAR ED. 2002;

BERGER, Peter L. e **LUCKMANN,** Thomas – **A CONSTRUÇÃO SOCIAL DA REALIDADE:** Tratado de sociologia do conhecimento – 30 Ed. PETRÓPOLIS, VOZES 2009;

BROOKS, David – **O ANIMAL SOCIAL:** A história de como o sucesso acontece – RIO DE JANEIRO: OBJETIVA 2014.

CASTRO, Paulo Rabello de – **O MITO DO GOVERNO GRÁTIS:** O mal das políticas econômicas ilusórias e as lições de 13 países para o Brasil mudar – RIO DE JANEIRO: EDIÇÕES DE JANEIRO 2014;

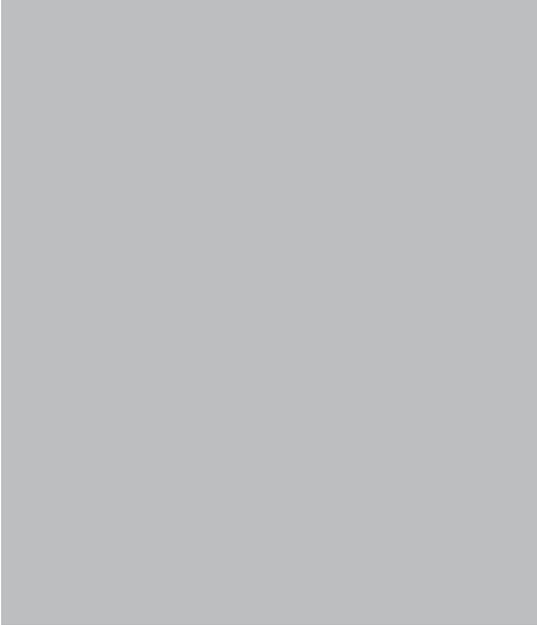
MICHELLI, Joseph – A ESTRATÉGIA STARBUCKS: 5 princípios para transformar sua empresa em uma experiência extraordinária – RIO DE JANEIRO: ELSEVIER 2007;

NEUMEIER, Marty – THE BRAND GAP: O abismo da marca – 2ª ed. PORTO ALEGRE: BOOKMAN 2008;

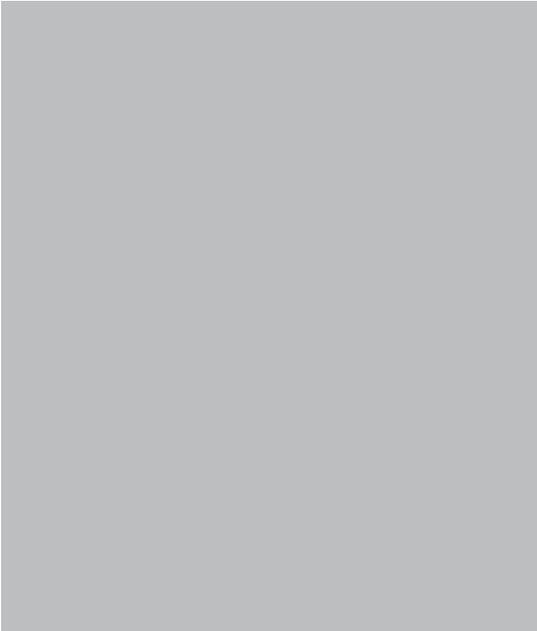
KOTLER, Philip – MARKETING 4.0 – RIO DE JANEIRO: SEXTANTE 2017;

PONDÉ, LUIZ FELIPE – FILOSOFIA PARA CORAJOSOS: PENSE COM A PRÓPRIA CABEÇA – 11ª ED. SÃO PAULO: PLANETA, 2016

PRADO, Elisa – GESTÃO DA REPUTAÇÃO: Riscos, crise e imagem corporativa – SÃO PAULO: ABERJE 2017.



LEGISLAÇÃO





Projeto de Lei do Senado nº 36, de 2018

Acrescenta o art. 12-A à Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para estabelecer que na contagem de prazo para a prática de qualquer ato processual, inclusive para a interposição de recursos, serão computados somente os dias úteis.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 12-A, com a seguinte redação:

“Art. 12-A. Na contagem do prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, para a prática de qualquer ato processual, inclusive a interposição de recursos, computar-se-ão somente os dias úteis.”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Esta proposição tem por objetivo uniformizar o sistema processual brasileiro, quanto à contagem dos prazos processuais em matéria cível, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Juizados Especiais Federais e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Nesse sentido, o projeto acrescenta o art. 12-A à Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), no específico capítulo que trata da prática de atos processuais no âmbito do Juizado Especial Cível, para fixar que a contagem dos prazos, estabelecidos na Lei nº 9.099, de 1995, e aplicáveis aos demais procedimentos especiais de natureza cível previstos nas Leis nº 10.259, de 12 de julho de 2001, e 12.153, de 22 de dezembro de 2009, deve obedecer a disciplina prevista no art. 219 do Código de Processo Civil (CPC – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), no qual foi estabelecido que a contagem do prazo para a prática de qualquer ato processual será reali-

zada em dias úteis, independentemente de terem sido fixados pela lei ou pelo juiz.

Frise-se, por oportuno, que este projeto não pretende alterar a contagem dos prazos de matéria criminal.

Como se sabe, por expressa previsão legal, o sistema processual especial cível é composto pelo Juizado Especial Cível e Criminal (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), pelo Juizado Especial Federal (Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001) e pelo Juizado Especial da Fazenda Pública (Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009).

Embora a Lei nº 9.099, de 1995, que dispõe sobre o Juizado Especial Cível e Criminal, seja omissa quanto à aplicação do Código de Processo Civil aos seus procedimentos em matéria cível, o art. 27 da Lei nº 12.153, de 2009, corrigiu tal distorção para admitir que, ao menos no âmbito do Juizado Especial da Fazenda Pública, é aplicável subsidiariamente o Código de Processo Civil.

Especificamente, no que se refere à contagem dos prazos processuais em matéria cível, as Leis nºs 9.099, de 1995, 10.259, de 2001, e 12.153, de 2009, são totalmente omissas. Por conseguinte, se considerarmos que está ausente na legislação especial qualquer previsão sobre a matéria, a melhor interpretação aponta no sentido da aplicação subsidiária da lei geral de procedimentos em matéria cível, no caso, o Código de Processo Civil.

Assim, se já está evidente no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública que devem prevalecer as normas previstas no Código de Processo Civil, de forma subsidiária, por expressa previsão legal, considerando também que os três juizados especiais integram um sistema único e coeso, por dedução lógica, resta evidente que não pode haver distinção entre os ritos escolhidos nos procedimentos por eles adotados, sob pena, até mesmo, de se abalar a segurança jurídica dos jurisdicionados.

Ademais, se, nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil não prejudica a celeridade ou efetividade do processo, resta evidente que tais princípios também não serão afetados no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, que têm o mesmo objetivo.

A ausência de prejuízo à efetivação da celeridade nos Juizados Especiais pela contagem dos prazos em dias úteis resta ainda evidenciada pelo fato de que, conforme pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça, em 2007, intitulada "Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais" (Brasília: Ideal, 2007), a morosidade do Judiciário decorre dos nele citados "tempos mortos", períodos "em que o processo aguarda alguma rotina a ser praticada pelo funcionário (nas pilhas sobre as mesas ou nos escaninhos), bem como os tempos gastos em rotinas que poderiam ser eliminadas se o fluxo de tarefas do cartório fosse racionalizado". Não há qualquer indicativo, portanto, de que a morosidade crônica do Poder Judiciário possa ser atribuída ao tempo em que o processo permanece com o advogado, o qual, segundo a pesquisa, é muito pequeno, quando comparado ao período em que os autos ficam em cartório judicial.

Diante dos argumentos acima expostos, era de se supor que a jurisprudência iria se inclinar para admitir, no âmbito do sistema dos juizados especiais cíveis, que, na contagem do prazo em dias, para a prática de qualquer ato processual, inclusive para a interposição de recursos, somente seriam computados os dias úteis.

Mas não foi isso que aconteceu! Ao contrário do esperado, a jurisprudência se inclinou para fixar que a contagem dos prazos processuais no âmbito dos juizados especiais ainda se mantém em dias corridos ou contínuos, não se suspendendo nos sábados, domingos e feriados, embora se deva aplicar, quanto ao mais, o disposto no novo Código de Processo Civil (CPC – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

Com efeito, no XXXIX Encontro do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE), ocorrido nos dias 8, 9 e 10 de junho de 2016, em Maceió (AL), no qual se reuniram apenas os magistrados que atuam perante o Sistema dos Juizados Especiais, foi consolidado, por meio do Enunciado nº 165, o entendimento segundo o qual “nos Juizados Especiais Cíveis, todos os prazos serão contados de forma contínua”¹.

Mais especificamente, no Estado do Maranhão, por exemplo, a Turma de Uniformização de Jurisprudência e Interpretação de Leis do Siste-

¹ <http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>, acesso em 29 de janeiro de 2018.

ma dos Juizados Especiais, por meio do Enunciado de nº 09 orientou que “no Sistema dos Juizados Especiais do Estado do Maranhão a forma de contagem dos prazos processuais será em dias corridos, não se aplicando a regra prevista no artigo 219 do CPC, ressalvados aqueles casos expressamente previstos em Lei.”

Pois bem. Ao que parece o XXXIX Encontro do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE) foi uma reação ao VII Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (VII FPPC), que ocorrera anteriormente entre os dias 18 e 20 de março de 2016, em São Paulo (SP), sob a coordenação dos professores doutores Fredie Didier Jr., Heitor Sica, Adriano Caldeira, André Pagani, Ricardo Aprigliano e Fabiano Carvalho, para discutir as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil ao âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. No VII Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (VII FPPC), após os intensos debates realizados entre os processualistas de diversas correntes doutrinárias, foram aprovados os Enunciados nº 415 e 416, que tratam da contagem dos prazos no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, com o seguinte teor:

Enunciado 415. Os prazos processuais no sistema dos Juizados Especiais são contados em dias úteis.

Enunciado 416. A contagem do prazo processual em dias úteis prevista no art. 219 aplica-se aos Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública.

As discussões entre aqueles que defendem a contagem dos prazos em dias corridos e aqueles que pugnam pela contagem do prazo em dias úteis ultrapassaram a fronteira das discussões acadêmicas e já começaram a produzir frutos na jurisprudência dos tribunais. Como exemplo, podemos citar o Acórdão nº 942.108, relatado pelo Juiz de Direito Robson Barbosa de Azevedo, integrante da Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal. Nesse acórdão, acolhendo anterior posicionamento da Turma de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais do Distrito Federal, a Primeira Turma Recursal entendeu, por maioria, que deveria ser rejeitada a preliminar de intempestividade do recurso inominado suscitado pela recorrida em sede de contrarrazões, por

ser cabível a incidência da contagem do prazo para recorrer em dias úteis, com base no art. 219 do Código de Processo Civil, cuja aplicação, segundo a Turma Recursal, deveria encontrar acolhida também no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, fazendo-o nos seguintes termos:

[...]

Sobre a preliminar de intempestividade do recurso inominado suscitada em sede de contrarrazões pela recorrida, esclareço que a Turma de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais do Distrito Federal consolidou entendimento no sentido de que se aplica o artigo 219 do novo CPC, nos processos em trâmite nos Juizados Especiais e para fins de contagem de prazo, computar-se-ão somente os dias úteis. Assim sendo, a preliminar de intempestividade do recurso deve ser afastada.

[...]

(Acórdão n.942108, 07010686520168070016, Relator: ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 18/05/2016, Publicado no DJE: 06/06/2016. Pág: Sem Página Cadastrada.)

A análise do fenômeno acima permite observar, com grande facilidade, que não há nem entre os processualistas, nem entre os juízes, uniformidade de entendimento a respeito da contagem dos prazos processuais no âmbito dos juizados especiais cíveis, a saber: se em dias corridos ou se em dias úteis. Nesses casos de grave divergência entre especialistas e também entre Cortes de Justiça, o legislador fica obrigado, desde logo, a promulgar e publicar uma nova norma, optando por um ou outro posicionamento, a fim de afastar esses descentendimentos, notadamente se há possibilidade de colisão entre dispositivos normativos que acaso estejam relacionados quanto à contagem do prazo para a prática de atos processuais.

Assim, para dar amparo legal ao posicionamento que entendemos mais consentâneo com a disciplina própria dos juizados especiais cíveis,

este projeto visa a impedir que novas discussões continuem a ocorrer nos tribunais a respeito da contagem dos prazos processuais, uma vez que será fixado, por meio de norma jurídica, que os prazos serão contados em dias úteis, inclusive para efeitos recursais.

Por tais razões, esperamos contar com o necessário apoio dos nossos Pares para a aprovação da matéria.

Sala das Sessões,

Senador ELBER BATALHA

(PSB-SE)

Nota Pública

O Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) manifestam posicionamento contrário ao projeto de lei n.º 36/2018, em tramitação no Senado Federal, que trata da contagem de prazos em dias úteis no Sistema dos Juizados Especiais, pelas seguintes razões:

1. A matéria não foi debatida com os interessados; as entidades da magistratura e de defesa do consumidor não foram convidadas para, em audiência pública, manifestar suas opiniões a respeito do tema.
2. A contagem de prazos em dias úteis, nos Juizados Especiais, conforme proposto no projeto, não se coaduna com o princípio constitucional da razoável duração do processo, insculpido no Art.5º, LXXVIII, ou com os critérios informadores da Lei n.º 9.099/1995, concebida especificamente para que os cidadãos possam resolver seus problemas de forma ágil, eficaz e simples.
3. O texto, conforme proposto para votação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, ainda padece de grave vício de redação, porque estabelece a contagem em dias úteis "para a prática de qualquer ato processual", o que pode levar essa forma de contagem de prazo às obrigações impostas por decisões judiciais, ao contrário do art. 219 do CPC, que limita sua aplicação apenas aos prazos judiciais ou legais. Na prática, isso significa que determinações para religar energia/água, retirar o nome do consumidor de cadastro negativo, fornecer medicamento ou autorizar tratamento médico, dentre outras tantas, também poderão ser contadas em dias úteis, com inegáveis prejuízos às relações de consumo e a todos que procuram os Juizados Especiais para resolverem seus problemas com celeridade.

Assim, o Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) esperam que o projeto de lei do Senado n.º 36/2018 seja rejeitado na forma como está proposto.

Brasília, 19 de março de 2018.

Erick Linhares

Presidente do FONAJE

Jayme Martins de Oliveira Neto

Presidente da AMB

Capítulo Legislação

Comentário do Desembargador e Doutor em Direito Alexandre Freitas Câmara

2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Não tenho dúvida de que o prazo processual nos Juizados deve ser contado em dias úteis. Vou tentar resumir meus argumentos:

1) Não existe, no processo civil brasileiro, no CPC ou em qualquer outra lei, regra que preveja a contagem de prazos processuais em dias corridos. Assim, contá-los em dias corridos hoje não tem qualquer base normativa.

2) A invocação do “princípio da celeridade” é uma dupla falácia. Primeiro, não existe um “princípio da celeridade”. O que existe é o princípio da duração razoável do processo, que se aplica aos Juizados e aos juízos comuns. E a duração razoável do processo não é incompatível com a contagem em dias úteis, ou a própria disposição do CPC seria inconstitucional. Segundo, porque princípios não dão solução para casos concretos (Dworkin diz isso expressamente, Marcelo Neves também).

3) É absolutamente falsa a ideia de que a contagem em dias úteis geraria uma maior demora do processo nos Juizados. Basta dizer que, no processo de conhecimento, a lei só prevê dois prazos processuais, ambos posteriores à sentença (10 dias para recurso e 5 para embargos de declaração). Isso quer dizer que, ao menos como regra geral, a contagem em dias úteis aumentaria a duração total do processo em uma semana. O que faz o processo demorar é o não cumprimento da lei (por exemplo, o art. 28 exige que a sentença seja “desde logo” proferida em audiência, mas muitos juízes determinam que os autos sejam conclusos para sentença e marcam data para leitura da sentença, o que não tem nenhum amparo legal) associado às etapas mortas (como a demora de meses para juntar uma petição ou para proferir um despacho).

Concluo dizendo que o mais importante, na minha opinião, é que haja uma definição do ponto. Para qualquer lado, mas eu manteria, por uma questão de coerência interna do sistema, a contagem em dias úteis.

Comentário do Des. Luciano Rinaldi

7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Entendo que a contagem de prazos nos Juizados Especiais Cíveis deve computar apenas os dias úteis, como determina o art. 219 do CPC-15. Como não há previsão legal específica nas leis que disciplinam os Juizados Especiais, deve ser observada a regra do novo código que, sendo lei processual mais recente, prevalece pelo critério cronológico. Ademais, o art. 1046, § 2º prevê a aplicação supletiva do CPC-15 em caso de omissão nos procedimentos regulados por outras leis. Por fim, não impressiona o argumento de que o princípio da celeridade justificaria a contagem em dias corridos, porquanto a busca pela razoável duração do processo não é exclusividade dos Juizados Especiais, emanando do próprio texto constitucional. Assim, penso que a contagem dos prazos em dias úteis prestigia a legalidade e a segurança jurídica.



**DECISÕES
COMENTADAS**





Habeas Corpus 143.641 São Paulo

RELATOR:	MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
PACTE.(S):	TODAS AS MULHERES SUBMETIDAS À PRI-SÃO CAUTELAR NO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL, QUE OSTENTEM A CONDIÇÃO DE GESTANTES, DE PUÉRPERAS OU DE MÃES COM CRIANÇAS COM ATÉ 12 ANOS DE IDADE SOB SUA RESPONSABILIDADE, E DAS PRÓPRIAS CRIANÇAS
IMPTE.(S):	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADV.(A/S):	DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
ASSIST.(S):	TODOS OS MEMBROS DO COLETIVO DE ADVOGADOS EM DIREITOS HUMANOS - CADHU
ASSIST.(S):	ELOISA MACHADO DE ALMEIDA
ASSIST.(S):	HILEM ESTEFANIA COSME DE OLIVEIRA
ASSIST.(S):	NATHALIE FRAGOSO E SILVA FERRO
ASSIST.(S):	ANDRE FERREIRA
ASSIST.(S):	BRUNA SOARES ANGOTTI BATISTA DE ANDRADE
COATOR(A/S)(ES):	JUÍZES E JUÍZAS DAS VARAS CRIMINAIS ESTADUAIS
COATOR(A/S)(ES):	TRIBUNAIS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
COATOR(A/S)(ES):	JUÍZES E JUÍZAS FEDERAIS COM COMPETÊNCIA CRIMINAL
COATOR(A/S)(ES):	TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS
COATOR(A/S)(ES):	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
AM. CURIAE.:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
ADV.(A/S):	DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
AM. CURIAE.:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ
ADV.(A/S):	DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ

AM. CURIAE.:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAPÁ
ADV.(A/S):	DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ
AM. CURIAE.:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADV.(A/S):	DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AM. CURIAE.:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS
ADV.(A/S):	DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS
AM. CURIAE.:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO
ADV.(A/S):	DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO
AM. CURIAE.:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ
ADV.(A/S):	DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
AM. CURIAE.:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA PARAÍBA
ADV.(A/S):	DEFENSOR PARAÍBA PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA
AM. CURIAE.:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADV.(A/S):	DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
AM. CURIAE.:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PIAUÍ
ADV.(A/S):	DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
AM. CURIAE.:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
ADV.(A/S):	DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
AM. CURIAE.:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA

ADV.(A/S):	DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
AM. CURIAE.:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RORAIMA
ADV.(A/S):	DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
AM. CURIAE.:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADV.(A/S):	DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE. :	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SERGIPE
ADV.(A/S):	DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
AM. CURIAE.:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S):	DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
ADV.(A/S):	DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
ADV.(A/S):	DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
AM. CURIAE.:	DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADV.(A/S):	DEFENSOR FEDERAL PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO
AM. CURIAE.:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADV.(A/S):	DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S):	DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

- AM. CURIAE.:** DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
- ADV.(A/S):** DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO
- AM. CURIAE.:** INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
- AM. CURIAE.:** INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA ITTC
- AM. CURIAE.:** PASTORAL CARCERÁRIA
- ADV.(A/S):** MAURICIO STEGEMANN DIETER E OUTRO(A/S)
- AM. CURIAE.:** DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
- ADV.(A/S):** DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
- AM. CURIAE.:** INSTITUTO ALANA
- ADV.(A/S):** GUILHERME RAVAGLIA TEIXEIRA PERISSE DUARTE E OUTRO(A/S)
- AM. CURIAE.:** ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA (ABRASCO)
- ADV.(A/S):** MARCIA BUENO SCATOLIN E OUTRO(A/S)
- AM. CURIAE.:** INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MÁRCIO THOMAZ BASTOS (IDDD)
- ADV.(A/S):** GUSTAVO DE CASTRO TURBIANI E OUTRO(A/S)

Ementa: *HABEAS CORPUS* COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO *HABEAS CORPUS*. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUCROCATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS AS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATALE PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇÁRIOS E CRECHES. ADPF 347MC/DF. SISTEMA PRISIONAL

BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO.

I – Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis.

II – Conhecimento do writ coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do *habeas corpus*.

III – Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

IV – Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual.

V - Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional

VI - A legitimidade ativa do *habeas corpus* coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo.

VII – Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em

seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim, berçários e creches para seus filhos.

VIII – “Cultura do encarceramento” que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente.

IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o “caso Alyne Pimentel”, julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas.

X – Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração.

X - Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado.

XI – Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes.

XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento

do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal.

XIII – Acolhimento do *writ* que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais.

XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes.

XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima.

As Consequências da Maternidade no Sistema Prisional

Rafael Estrela Nóbrega

Ana Paula Abreu Filgueiras

Juizes da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro

Sabidamente vivenciamos uma crise sem precedentes no Sistema Prisional Nacional, somado a uma problemática ainda maior, que é a crise institucional pela qual perpassa o Estado do Rio de Janeiro, sobretudo na área da segurança pública, objeto, inclusive, de intervenção federal.

Por óbvio, essa crise se acentua consideravelmente no âmbito de todo o sistema carcerário, bem como nas unidades prisionais femininas.

Um breve panorama acerca da situação do Sistema Carcerário no Estado do Rio de Janeiro revela que a superlotação é uma realidade inóspita e degradante, a despeito do impacto das recentes práticas jurisdicionais adotadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na redução do quantitativo da população carcerária.

Em relação à população carcerária feminina, não se pode olvidar a inexorável mudança dos parâmetros de encarceramento das mulheres mães de filhos menores de 12 anos e portadores de deficiência, fruto da hodierna decisão do STF no Habeas Corpus Coletivo n 143641/SP - a qual determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, excetuadas as hipóteses de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes.

Nesse contexto, oportuno esclarecer a situação das unidades prisionais que acautelam as presas gestantes e puérperas no nosso Estado.

Atualmente a população carcerária do Estado do Rio de Janeiro é de 51.650 presos (provisórios e condenados), sendo que a capacidade do sistema é de apenas 28.688, ou seja, há um excesso de 23.272 (81%). Nas

Cadeias Públicas e Casas de Custódia que abrigam os presos provisórios a situação é a mais periclitante. O índice de superlotação alcança 124%.

A Casa de Custódia de Japeri está com o efetivo 167% acima de sua capacidade. Em uma cela cuja lotação é de 60 presos, há 280. Os presos têm que dormir envaletados (deitados de forma invertida) no chão. A situação é pior que inóspita, é totalmente desumada e degradante nas cadeias públicas.

Outro gargalo identificado no sistema é o do regime semiaberto, pois, com o término da migração dos processos físicos para os eletrônicos e com as novas práticas de gestão da Vara de Execução Penal do TJRJ, a produtividade e a consequente concessão de benefícios aumentou significativamente, influenciando diretamente no regime semiaberto, haja vista que a progressão do regime fechado para o semiaberto não exige um juízo tão profundo acerca do mérito do preso e da sua periculosidade, na medida em que ele permanece preso; ao revés do que ocorre quando do deferimento das saídas extramuros e da progressão para o regime aberto, em que se faz necessária uma análise mais acurada do requisito subjetivo, inclusive, não raro, utilizando-se do exame criminológico.

A unidade prisional de regime semiaberto Vicente Piragibe, que antes apresentava o maior índice de superlotação, está impedida de receber novos presos por força de decisão da Vara de Fazenda Pública, o que acaba por refletir na superlotação de outras unidades.

Destarte, a unidade mais problemática atualmente é o Plácido de Sá Carvalho, com 118% de superlotação. A Corte Interamericana de Direitos Humanos editou em 2017 uma resolução exortando o Brasil a adotar medidas de salvaguarda à vida e à integridade física dos presos acautelados no Plácido, exatamente em razão das péssimas condições dessa unidade, situação que está ensejando sucessivos pleitos da Defensoria Pública de livramento condicional antecipado, ou seja, antes do implemento do lapso temporal.

Outra tendência é o aumento do efetivo nas unidades que acautelam os presos “neutros”, ou seja, aqueles que não pertencem a qualquer facção criminosa, ficando atrás apenas das unidades que custodiam presos

do Comando Vermelho, o que denota um enfraquecimento das demais facções antes existentes.

Os locais destinados ao denominado “seguro”, onde permanecem os presos que sofrem ameaças internas, são igualmente insalubres, sem camas e condições mínimas de higiene, sempre superlotados.

Contudo, as estatísticas obtidas em janeiro deste ano, em contraponto às de 2017, revelam que o quantitativo carcerário, pela primeira vez, se manteve (na verdade, houve um pequeno decréscimo de aproximadamente 100 presos), mas, no que se refere especificamente aos presos provisórios, houve uma redução significativa do efetivo, resultado da realização das audiências de custódia pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Com efeito, enquanto em janeiro de 2017 tínhamos 21.969, quase 22.000 presos provisórios, em janeiro de 2018 temos 20.400, uma redução drástica de quase 1.600 presos em apenas 1 ano.

Não se pode olvidar ainda, ao mencionarmos as agruras do sistema carcerário fluminense, o grande transtorno causado pela ineficiência do transporte de presos pelo SOE. É de conhecimento geral a ausência de veículos para a realização do transporte, a despeito dos esforços empreendidos pelo Tribunal de Justiça, que chegou a ajudar no conserto de viaturas, o que gera atrasos e remarcações das audiências criminais e, não raro, a necessidade de relaxamento de prisões por excesso de prazo em virtude desses adiamentos.

Já no âmbito da Execução Penal, esse problema se traduz na grave dificuldade de se apresentar os presos, não apenas nas audiências, mas sobretudo nas consultas médicas e exames mais complexos que têm que ser realizados na rede pública de saúde, bem como na transferência dos presos de uma unidade para outra ou de uma unidade para a UPA (Unidade de Pronto Atendimento) ou para o Sanatório Penal. Como visto, o problema do transporte gera graves danos ao direito à saúde do preso.

Trata-se de uma realidade difícil de se transformar, porquanto exige recursos financeiros e materiais extremamente escassos no nosso Estado e, mais que isso, exige uma mudança cultural e axiológica de toda a sociedade.

Todavia, existem práticas exitosas e eficazes na segregação de indivíduos que se revelaram perigosos ou incapazes de se adequar às regras de convivência em sociedade.

Acredito que a tendência hodierna é a busca de formas alternativas de reinserção desses indivíduos na sociedade. Evidentemente que não podemos olvidar que existem sim criminosos perigosos, incapazes sequer de se arrepender de seus crimes, para os quais devem ser reservadas as unidades prisionais mais severas e de maior segurança.

No entanto, parte dos indivíduos que delinquiram por questões financeiras e sociais podem sim se ressocializar em instituições aptas efetivamente a proporcionar uma realidade distinta, capaz de lhes incutir esperança e motivos para viver uma vida digna.

Um exemplo disso são as APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados -, que são entidades civis sem fins lucrativos, as quais celebram Parceria Público Privada com o Estado visando à humanização das prisões. São instituições que acautelam os condenados. Nesse modelo, não há agentes penitenciários, sendo todo o trabalho realizado pelos próprios presos.

A APAC possui todos os regimes de cumprimento da pena e acautela apenas 200 presos, os quais têm que aderir ao projeto, assinando um termo de responsabilidade. Armas, violência e drogas são rigorosamente proscritas. O preso que descumprir essas regras está automaticamente excluído do projeto.

Os próprios reeducandos formam a sua CTC – Comissão Técnica de Classificação, em que decidem a aplicação de sanções administrativas a eles próprios, sendo certo que o punido cumpre, sem qualquer alteração, a sanção estabelecida pela Comissão.

O transporte, igualmente, é feito pelos presos.

Há serviços voluntários da comunidade, que apoia e incentiva a ressocialização do preso, inclusive, disponibilizando vagas no mercado de trabalho local.

Todavia, a despeito de todo o trabalho ser realizado pelos presos e/ou voluntários, a disciplina é rígida e norteada pelo respeito, ordem, trabalho, envolvimento da família do preso e comprometimento da sociedade civil local, sendo os dados estatísticos reveladores de uma redução drástica no índice de reincidência dos presos que são submetidos às APACs.

O custo do preso é de apenas 1,5 salário mínimo por mês, em contraponto ao custo de 4 salários mínimos do preso em uma unidade prisional convencional.

Atualmente, a APAC de maior destaque no cenário nacional é a de Itaúna, em Minas Gerais, e há 96 APACs no Brasil todo, sendo a primeira criada em 1972, em São José dos Campos.

No Estado do Rio de Janeiro, há um projeto semelhante, que é a Colônia Agrícola de Magé, unidade prisional de regime semiaberto igualmente sem grades e muros, onde o trabalho é realizado predominantemente pelos condenados, os quais desenvolvem projetos agrícolas de cultivo de plantas e alimentos.

Porém, esses modelos alternativos são ainda incipientes no universo no Sistema Carcerário Brasileiro.

Atento a esse contexto de absoluta falência do sistema de encarceramento brasileiro, sobreveio a Lei 12.403, de 04/05/2011, que alterou os artigos 318 e 319 do Código de Processo Penal, passando a prever a possibilidade expressa de substituição da prisão preventiva da pessoa que seja imprescindível aos cuidados de menor de 6 anos de idade ou com deficiência e da gestante a partir do 7º mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Nesta mesma esteira, foi editada a Lei 12.962/14, que alterou artigos do ECA, preceituando a humanização dos locais de visitação dos filhos menores aos pais presos, visando a um contato direto e mais prolongado entre eles. A lei veda a destituição do poder familiar do pai ou da mãe condenados criminalmente, exceto no caso de condenação por crime doloso, com pena de reclusão, contra o próprio filho.

Já na esfera internacional foram estabelecidas em 2016, pela Resolução 2010 da Assembleia das Nações Unidas, as Regras de Bangkok, que são regras internacionais para o tratamento de mulheres presas e medidas não

privativas de liberdade para mulheres infratoras, sendo certo que o Brasil participou ativamente da elaboração dessas regras e da sua provação pela Assembleia das Nações Unidas.

Tais regras de BANGKOK representam um marco normativo internacional ao tratar das especificidades do gênero no encarceramento feminino e exortam os Estados Membros a disponibilizarem em seus estabelecimentos prisionais instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas e puérperas (que tenham acabado de parir).

As regras de Bangkok vedam, por exemplo, a imposição de sanções disciplinares de isolamento a mulheres presas gestantes ou que estejam amamentando, visando exatamente a elidir casos como o que ocorreu em 2017 com a interna Bárbara, no Presídio Talavera Bruce (RJ).

Bárbara estava em estado avançado de gravidez, era dependente química de crack e havia sido presa pelo crime de tráfico de entorpecentes. Segundo os relatos da Administração Penitenciária, Bárbara teve um surto psicótico em virtude de crise de abstinência, vindo a defecar na cela e a sujar as paredes com suas próprias fezes, o que acarretou sua submissão ao isolamento disciplinar preventivo, onde ela deu à luz a seu bebê, sozinha, sem qualquer auxílio e em condições totalmente insalubres.

Outro caso concreto que chocou a opinião pública, dando enfoque à questão dos partos em presídios de mulheres presas grávidas, foi o da jovem Jéssica, também presa por tráfico de drogas na carceragem do 8º Distrito Policial da cidade de São Paulo enquanto ainda estava grávida. Jéssica, conquanto tenha sido levada a um hospital para realização do parto, retornou à carceragem dois dias depois e permaneceu na mesma cela com seu bebê recém-nascido até ser transferida para uma Penitenciária Feminina com maternidade, na zona norte da cidade, em virtude da repercussão negativa que esta situação gerou.

Visando a erradicar tais situações de absoluta iniquidade e crueldade que se multiplicavam nas prisões brasileiras, não apenas em relação às mulheres grávidas e parturientes, mas, precipuamente, no que concerne aos bebês e crianças de tenra idade, frutos do cárcere, nascidos em condições desumanas e degradantes em absoluto desrespeito aos seus mais

basilares direitos a dignidade, saúde, afeto e desenvolvimento infantil, é que foi editada a Lei 13.257, de 08/03/2016, denominada a Lei do Marco da Primeira Infância.

Esse diploma legal alterou diversos artigos do CPP e do ECA, estabelecendo a obrigatoriedade de a autoridade policial colher nos inquiridos e autos de prisão em flagrante (APF's) informações acerca da existência de filhos, suas idades, a existência de alguma deficiência e o nome e o contato da pessoa responsável pelos filhos, determinando ainda que o Juiz obtenha essas mesmas informações quando da audiência de custódia ou ao proceder ao interrogatório da ré em uma ação penal.

A Lei 13.257/16 também deu nova redação ao inciso IV do artigo 318 do CPP para excluir a restrição decorrente de a gravidez ser após o 7º mês e/ou de risco, passando a constar no rol do artigo 318 a mulher gestante, independente do estado ou tempo da gestação. Incluiu, igualmente, os incisos V e VI, estendendo a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar para as mulheres presas com filhos de até 12 anos de idade incompletos ou para homens, desde que sejam os únicos responsáveis pelos cuidados de filhos até 12 anos incompletos.

Na vigência dessa lei, preconizava uma parcela mais abalizada da doutrina que cabia ao julgador proceder a uma ponderação entre diversos valores de *status* constitucional a fim de verificar, na hipótese concreta, a necessidade, adequação e proporcionalidade da substituição da preventiva pela prisão domiciliar.

No que tange ao âmbito de incidência dessa norma inserta no artigo 318 do CPP com a redação dada pelas Leis 12.403/11 e 13.257/16, os fatores da garantia da ordem pública e econômica, da aplicação da lei penal ou da conveniência da intrusão criminal devem ser sopesados com os valores da liberdade individual, saúde, família e desenvolvimento infanto-juvenil, bem como com a vedação constitucional de que a pena exceda a pessoa do condenado, cabendo ao Magistrado ponderar qual deles deve prevalecer no caso concreto submetido ao seu crivo.

Sob os auspícios dessa novel legislação, mereceu destaque a decisão que substituiu a prisão preventiva decretada contra a ex-primeira dama

do Estado do Rio de Janeiro, Adriana Ancelmo, mulher do ex-governador Sérgio Cabral, recebida com muita crítica pela opinião pública bem como pela doutrina pátria, sob o argumento de ser iníqua, uma vez que mulheres, mães de crianças menores de 12 anos, permaneciam encarceradas em unidades prisionais do Estado, a despeito de se encontrarem nas mesmas circunstâncias fáticas.

Todavia, neste caso específico, pode-se verificar o fenômeno da eventualidade e temporariedade inerentes às medidas cautelares, porquanto uma vez encerrada a instrução criminal, o Magistrado, ao realizar uma ponderação entre os valores existentes naquela hipótese concreta, verificou que a prisão preventiva poderia ser substituída pela domiciliar, por entender que os direitos à educação, desenvolvimento infantil e convivência familiar da criança, em contraponto à remota possibilidade de lesão à instrução criminal na fase processual em que se encontrava, deveriam preponderar.

Todavia, não obstante as peculiaridades do caso “Adriana Ancelmo”, vozes se levantaram no campo dos Direitos Humanos defendendo a extensão dessa decisão a todas as mulheres grávidas e mães de crianças até 12 anos ou deficientes, o que ensejou até mesmo ofício da Ministra dos Direitos Humanos ao Supremo Tribunal Federal.

Instado a se manifestar no HC coletivo nº 143641/SP, o Supremo Tribunal Federal proferiu a mencionada decisão no HC coletivo nº 143641/SP — a qual determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, excetuadas as hipóteses de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes.

Com efeito, fulcrado na ADPF 347 MC/DF, a qual aborda expressamente a gravíssima deficiência estrutural do Sistema Carcerário especificamente em relação à mulher presa, o STF reconheceu os problemas causados pela denominada “cultura do encarceramento”, que gera prisões provisórias exageradas e excessivas na forma de se interpretar a legislação penal e processual penal.

Em seu voto, o Min. Ricardo Lewandowski menciona a escassez de

unidades destinadas a prisões provisórias de mulheres em comparação às dos presos provisórios homens, ressaltando ainda a ausência de locais adequados para gestantes, berçário, Centro de Referência Materno-Infantil ou creches.

Outro dado relevante na formação do convencimento do Relator refere-se ao fato de que 68% das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes, crimes que não envolvem violência ou grave ameaça à pessoa e cuja repressão recai na parcela mais vulnerável da sociedade, que são exatamente as ‘mulheres mulas’ do tráfico.

Ressalta ainda o mencionado Ministro os casos concretos em que houve partos em cela e até mesmo em isolamento disciplinar, ou com a parturiente algemada e sem a presença dos familiares, assinalando a ausência de cuidados pré-natal e pós-parto, a falta de transporte para conduzir as gestantes às consultas médicas, além do afastamento abrupto dos filhos de suas mães.

Uma vez estabelecidas essas premissas normativas e atenta à novel decisão do Supremo, é oportuno esclarecer a situação das unidades prisionais femininas no Estado do Rio de Janeiro.

A Cadeia Pública Joaquim Ferreira de Souza, no Complexo Penitenciário de Bangu, acautela as presas provisórias, havendo superlotação de 89%; o Presídio Nelson Hungria, também em Bangu, contempla as condenadas no regime fechado e presas provisórias, mantendo atualmente um efetivo de apenas 10% acima de sua capacidade; há também um Presídio em Campos dos Goytacazes, o qual abriga as apenadas em todos os regimes de cumprimento de pena e também as presas provisórias (23% de superlotação); o Instituto Penal Oscar Stevenson, que acautela as presas no regime semiaberto e aberto, com 34% de superlotação; e a Penitenciária Talavera Bruce que, além de acautelar as presas no regime fechado, recolhe igualmente as presas gestantes, independentemente do regime e de serem presas provisórias ou com execução em curso.

Existe ainda a U.M.I. – UNIDADE MATERNO-INFANTIL, também situada no Complexo de Bangu, que contempla todas as presas que têm bebê de até 6 meses de idade. O trabalho desenvolvido pela Ana, Diretora da

UMI, é exemplo nacional. Há berçário, que é arrumado e decorado pelas próprias presas, local para amamentação e recreação dos bebês, que podem permanecer lá, em regra, até os 6 meses de idade, podendo tal regra ser flexibilizada no caso de a apenada possuir lapso temporal próximo para algum benefício extramuros, hipótese em que o bebê, excepcionalmente, poderá ficar mais alguns meses até que a mãe logre obter o benefício.

Essas presas gestantes e mãe com bebês de até 6 meses de idade têm seus processos acompanhados regularmente exatamente para que não tenham retardado o direito a algum benefício.

Atualmente há 13 mulheres na UMI e 22 gestantes no Talavera Bruce. Na U.M.I. também é disponibilizado tratamento médico pré-natal e pós-parto, sendo as condições de higiene e acautelamento extremamente satisfatórias, e tanto o Talavera Bruce quanto a U.M.I. não têm superlotação, sendo o efetivo inferior às suas capacidades.

Obviamente que essa não é a realidade de todo o país. Sabidamente, há Estados da Federação em que a situação de encarceramento da presa, sobretudo a provisória, é degradante tal como narrado.

Contudo, conforme se deduz da decisão do Supremo no referido Habeas Corpus Coletivo, não há margem para essas ponderações no que concerne à substituição da prisão preventiva da mulher gestante, puérpera, ou mães de crianças e deficientes, excetuadas apenas as hipóteses em que o crime foi praticado com violência ou grave ameaça contra seus descendentes ou ainda em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o pedido, nos termos do referido voto.

Observe-se que a decisão menciona expressamente a possibilidade de o juiz aferir a situação de guarda dos filhos da mulher presa, inclusive, valendo-se, em caso de dúvida, de estudo social, conquanto deva o magistrado cumprir desde logo a decisão.

A decisão determina ainda que os juízes responsáveis pela realização das Audiências de Custódia, bem como os juízes perante os quais tramitam ações penais em que há presas preventivamente nas situações descritas,

devem proceder à análise do cabimento da prisão à luz das diretrizes traçadas pela decisão.

Relativamente aos efeitos práticos dessa decisão no âmbito da execução da pena, precipuamente da execução provisória, faz-se mister a diferenciação entre a prisão domiciliar prevista no art. 318 do CPP e o recolhimento domiciliar noturno elencado no inciso V do artigo 319 desse mesmo diploma legal.

A primeira é prisão substitutiva da preventiva e enseja a detração na pena ao final imposta; enquanto o recolhimento é medida cautelar distinta da prisão, sendo certo que o Superior Tribunal de Justiça, majoritariamente, não vem admitindo o fenômeno da detração nesses casos (vide os julgados HCs HC 402628/DF, julgado em 21/09/17, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura e HC 380370/DF, julgado em 21/03/17, Rel. Min. Félix Fischer).

Partindo-se desse entendimento e verificando-se o trânsito em julgado da condenação para a acusação de uma presa provisória nas condições da decisão do STF, ou seja, do art. 318 do CPP, deve o juiz expedir a EXP – Carta de Execução Provisória.

Todavia, exsurge um questionamento: a competência da VEP não é deflagrada apenas com a prisão do condenado, na dicção do art. 105 da LEP?

Sim, mas nesses casos elas estão presas! A única distinção é que, ao revés de estarem acauteladas em uma unidade prisional do Estado, estarão reclusas em sua residência, sem poderem sair de casa, salvo expressa autorização judicial neste sentido e assim mesmo em casos de saúde para cuidados médicos ou funeral de parentes, por analogia ao art.120 da LEP, que regula as hipóteses de permissão de saída para os presos no regime fechado e semiaberto.

Igualmente não se deve confundir a prisão domiciliar do art. 318 do CPP com a Prisão Albergue Domiciliar inserta no art. 117 das Lei de Execução Penal deferida no regime aberto. Esse instituto sim se assemelha ao recolhimento domiciliar noturno do inciso V do art. 319 do CPP, na medida

em que o apenado pode sair durante o dia, somente se recolhendo à residência à noite, nos finais de semana e feriados.

Já na prisão domiciliar substitutiva da preventiva, o réu não pode sair da residência, permanecendo em período integral recolhido em casa. O regime aqui é equivalente ao fechado.

Transitada em julgado para a acusação a sentença condenatória de uma presa preventivamente em acautelamento domiciliar, expede o Juiz a Carta de Execução Provisória - EXP e a remete à Vara de Execução Penal. Deve o Juiz da VEP determinar sua transferência para uma unidade de regime fechado ou semiaberto, conforme a condenação?

Entendemos que enquanto essa prisão ostentar a natureza provisória, a condenada mulher não poderá ser transferida para uma unidade prisional do Estado, permanecendo acautelada em sua residência até o trânsito em julgado definitivo, quando então poderá ser transferida para o sistema conforme, o regime estabelecido pela condenação.

Na hipótese de presa domiciliar com execução provisória, porém sem o trânsito definitivo, havendo o implemento do prazo para progressão de regime para o semiaberto ou mesmo para o aberto, caberá ao Juiz da Execução conceder a progressão de regime, desde que obviamente presentes os requisitos legais, mantendo a condenada, contudo, no aprisionamento domiciliar.

Nessa hipótese, nota-se outro pseudoparadoxo. Como haveria uma “progressão de regime” se a executada permaneceria em sua residência? Ora, uma vez no semiaberto, ela poderá fazer jus ao benefício, por exemplo, da Saída Temporária para Trabalho (art. 123 da LEP), sendo-lhe autorizado nesses casos sair para trabalhar.

No caso da progressão para o regime aberto é mais fácil visualizar a diferença na situação prisional, pois a presa faria jus à Prisão Albergue Domiciliar nos moldes concedidos na Vara de Execução Penal, ou seja, só teria que se recolher à residência no período noturno, final de semana e feriados.

É importante assinalar que o instituto da execução provisória da pena visa a beneficiar o preso provisório, possibilitando-lhe usufruir, desde logo, os benefícios da execução da pena.

Portanto, nessa hipótese da execução provisória com prisão domiciliar, há que se proceder a uma interpretação finalística e sistemática deste instituto a fim de que não seja desvirtuado e agrave a situação da presa.

Contudo, haverá situações em que uma presa passe um longo período em prisão provisória domiciliar em virtude do manejo de recursos capazes de postergar o trânsito em julgado para a defesa. Quando da superveniência do trânsito em julgado definitivo, ela já possuirá, por exemplo, prazo para livramento condicional.

Nesse caso, mesmo que esse título condenatório estabeleça o regime fechado, essa presa terá cumprido esse regime fechado em sua residência e nunca em penitenciárias e presídios.

Por outro lado, e se na sentença condenatória o juiz fixar o recolhimento domiciliar noturno previsto o inciso V do art. 319 do CPP? Nessa hipótese, não será o caso de expedição da Carta de Sentença Provisória - EXP, porquanto não haverá prisão hábil a deflagrar a competência da VEP, na dicção do art. 105 da LEP, visto se tratar de medida cautelar diversa da prisão.

Por derradeiro, vale esclarecer que não entendemos que as hipóteses do artigo 318 do CPP são extensíveis aos casos do art. 117 da LEP, que estabelece os casos de prisão albergue domiciliar no regime aberto de cumprimento da pena.

Com efeito, o art. 318 do CPP trata da prisão cautelar substitutiva da preventiva em âmbito domiciliar, lastreada apenas em um juízo perfunctório, superficial, da materialidade do delito e sua autoria, enquanto que a Prisão Albergue Domiciliar do art. 117 da LEP é forma de cumprimento da pena privativa de liberdade, fulcrada em uma cognição exauriente da condenação.

Portanto, o entendimento hodierno da VEP é no sentido do indeferimento dos pleitos de extensão das hipóteses do art. 318 do CPP às apenadas gestantes, puérperas e mães de crianças e deficientes, condenadas definitivamente em regime fechado e semiaberto, porquanto as submetidas ao regime aberto, em regra, já usufruem da PAD.

A questão é muito nova e obviamente ainda será objeto de muita discussão e debate, sendo certo que caberá à jurisprudência se posicionar acerca dessas novas formas de execução da prisão.

Todavia, é inegável que se trata de uma nova perspectiva de encarceramento, na esteira do que parece ser uma tendência mundial encampada pelo Direito pátrio.

Habeas Corpus 152.491 São Paulo

RELATOR:	MIN. ROBERTO BARROSO
PACTE.(S):	PEDRO HENRIQUE OLIVEIRA POLO
IMPTE.(S):	VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES
COATOR(A/S)(ES):	RELATOR DO HC Nº 413.829 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXTORSÃO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. REGIME INICIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. Não cabe *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário constitucional.
2. A fundada probabilidade de reiteração criminosa e a gravidade em concreto do crime justificam a decretação da custódia cautelar para a garantia da ordem pública.
3. Acarreta indevida supressão de instância a análise de matéria que não foi submetida a exame da autoridade impetrada.
4. A notícia de que a parte acionante está recolhida em estabelecimento prisional incompatível com a sua orientação sexual autoriza a concessão da ordem de ofício.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de concessão de liminar, impetrado contra acórdão unânime da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, da Relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, assim ementado:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXTORSÃO. CONDENAÇÃO À PENA DE 6 ANOS DE RECLUSÃO. MODIFICAÇÃO DO REGIME PARA O SEMIABERTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTOS CONCRETOS. PACIENTE QUE RESPONDEU PRESO A TODA A AÇÃO PENAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA. PREJUDICADO O PEDIDO DE EXTENSÃO.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Não tendo o pedido de fixação do regime inicialmente semiaberto de cumprimento da pena sido apreciado pelo órgão colegiado da Corte a quo, não pode ser objeto de exame por este Tribunal, por configurar supressão de instância.

3. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

4. Hipótese em que as instâncias ordinárias ressaltaram a periculosidade dos acusados e a gravidade concreta no cometimento do delito, no qual o paciente e corréu, ambos transexuais, praticaram extorsão, com o uso de arma branca (faca),

contra vítima que as deixara entrar em seu carro com intuito de praticar um programa sexual, tendo esta sua liberdade restrita e sendo obrigada, sob ameaças de morte, a entregar todo seu dinheiro e dirigir-se a um caixa eletrônico para sacar mais.

5. Tendo em vista que a existência de édito condenatório enfraquece sua presunção de não culpabilidade, bem como que o paciente respondeu preso a toda a ação penal, seria incoerente, não havendo alterações do quadro fático, conceder, nesse momento, a liberdade.

6. Condições subjetivas favoráveis não são impeditivas à decretação da prisão cautelar, caso estejam presentes os requisitos autorizadores da referida segregação. Precedentes.

7. As circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não surtiriam o efeito almejado para a proteção da ordem pública.

8. Ordem não conhecida. Prejudicado o pedido de extensão.”

2. Extraí-se dos autos que Pedro Henrique Oliveira Polo – conhecido como Laís Fernanda –, preso desde 29.12.2016, foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pelo crime previsto no artigo 158, § 3º, do Código Penal, vedado o direito de recorrer em liberdade.

3. Na sequência, foi impetrado *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Denegada a ordem, sobreveio a impetração de HC no Superior Tribunal de Justiça, não conhecido.

4. Neste *habeas corpus*, a parte impetrante sustenta a possibilidade, no caso, da fixação de regime inicial mais brando. Alega, ainda, a ausência de fundamentação idônea para a manutenção da custódia cautelar. Destaca, por fim, que o paciente – “travesti” – “está presa em penitenciária masculina, sofrendo todo o tipo de influências psicológicas e corporais”.

5. Com essa argumentação requer a concessão da ordem a fim de assegurar o direito de o paciente aguardar em liberdade o julgamento da apelação interposta no Tribunal Estadual. Subsidiariamente, pleiteia a fixação do regime inicial semiaberto, ou, ainda, *“em caso de rejeição de todos os pedidos - seja determinada a Secretaria de Administração Penitenciária que transfira a paciente para local adequado, posto que ela, a despeito de sua opção sexual, está presa em uma cela com 31 homens, quando a capacidade é apenas 12”*.

Decido.

6. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento no sentido da inadmissibilidade do uso da ação de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário previsto na Constituição Federal (v.g HC 109.956, Rel. Min. Marco Aurélio, e HC 104.045, Rel.^a Min.^a Rosa Weber). De modo que o processo deve ser extinto sem resolução do mérito por inadequação da via eleita.

7. Por outro lado, a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que fundada probabilidade de reiteração criminosa e a gravidade em concreto do crime, evidenciada pela periculosidade do agente, justificam a decretação da custódia cautelar para a garantia da ordem pública (vg. HC 141.170-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 140.215-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 132.220, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RHC 138.369, Rel. Min. Gilmar Mendes).

8. No caso de que se trata, tal como assentou o Juízo de origem, *“Os acusados atuam em conjunto e já estiveram envolvidos em entrevero de semelhante natureza. São transexuais e se valem dos programas que realizam para obter sustento. Contudo, no presente caso, se valeram de grave ameaça exercida com emprego de arma branca para angariar mais recursos do que o inicialmente combinado. A repetição de condutas delituosas pelos acusados evidencia personalidade distorcida por inclinação irreversível para o crime. E, nesse sentido, sua segregação cautelar é medida que se impõe para a garantia da ordem pública”*.

9. Quanto ao mais, verifico que o Superior Tribunal de Justiça deixou de apreciar a possibilidade de fixação de regime inicial mais brando, tendo em vista que *“a questão não foi submetida ao crivo da Corte a quo”*. O que

impede o imediato exame da matéria por este Tribunal, sob pena de dupla supressão de instâncias. Ademais, colhe-se da sentença que as circunstâncias judiciais não foram plenamente favoráveis ao acionante, a autorizar, em princípio, o regime prisional mais gravoso.

10. Sem prejuízo disso, a notícia de que o paciente e o corréu foram incluídos em estabelecimento prisional incompatível com as respectivas orientações sexuais autoriza a concessão da ordem de ofício, na linha da Resolução Conjunta nº 1, de 15.04.2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação; e da Resolução SAP nº 11, de 30.01.2014, do Estado de São Paulo.

11. Diante do exposto, com base no art. 21, §1º, do RI/STF, nego seguimento ao *habeas corpus*. **Contudo, concedo a ordem de ofício** para determinar ao Juízo da Comarca de Tupã/SP que coloque o paciente PEDRO HENRIQUE OLIVEIRA POLO (nome social Laís Fernanda) e o corréu Luiz Paulo Porto Ferreira (nome social Maria Eduarda Linhares) em estabelecimento prisional compatível com as respectivas orientações sexuais.

Publique-se. Comunique-se.

Brasília, 14 de fevereiro de 2018.

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO

Relator

Documento assinado digitalmente

O Supremo Tribunal Federal e o Direito das Travestis à Unidade Prisional Feminina - Comentários à Decisão Proferida no Habeas Corpus nº 152.491

Adriana R. de Mello

Doutora em Direito pela Universidade Autônoma de Barcelona. Juíza Titular do I Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do TJRJ

RESUMO: Este ensaio tem como objetivo refletir sobre o tratamento penitenciário dado a pessoas transexuais e travestis a partir de um julgado paradigmático do STF. Ao deferir o habeas corpus nº 152.491, a Corte autorizou a transferência de duas travestis para uma unidade prisional compatível com suas identidades de gênero e provocou na esfera pública importante precedente acerca da discriminação que a população LGBTTT sofre dentro do sistema prisional. Sob uma perspectiva mais ampla, a decisão levou em consideração marcos internacionais de proteção da dignidade da pessoa humana e respeito à diversidade de identidades de gênero.

PALAVRAS-CHAVE: Identidade de gênero; Privação de liberdade; HC nº 152.491; Sistema prisional, LGBTTT.

ABSTRACT: *This essay aims to reflect on the penitentiary treatment given to transsexuals and transvestites based on a paradigmatic STF judgment. By granting habeas corpus n. 152,491, the Court authorized the transfer of two transvestites to a prison unit compatible with their gender identities and caused in the public sphere an important precedent regarding the discrimination that the LGBTTT population suffers within the prison system. From a broader perspective, the decision took into account international frameworks for the protection of the dignity of the human person and respect for the diversity of gender identities.*

KEYWORDS: *Gender identity; Deprivation of liberty; habeas corpus no. 152,491; Prison system, LGBTT.*

INTRODUÇÃO

Em fevereiro de 2018, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro julgou o Habeas Corpus nº 152.491 que determinou a transferência de duas travestis para uma unidade prisional compatível com suas identidades de gênero, recolocando na esfera pública aspectos relevantes acerca da discriminação que a população LGBTT sofre dentro do sistema prisional, bem como, numa perspectiva mais ampla, os princípios da dignidade da pessoa humana e respeito à diversidade, que encontram respaldo na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, decorrentes dos princípios da humanidade ou humanização das penas (art. 1º, III, c/c art. 5º XLVII, da CR-FB/19881 e art. 1º e 3º da Lei 7.210/1984.2

Desse modo, dada a sua relevância e considerando a existência de relativamente poucas decisões do STF que envolvem diretamente a sua proteção e promoção (como direito fundamental autônomo) do direito da população LGBTT, a decisão se tornou um importante marco para o tratamento jurídico do tema. Especialmente porque extrapola o conteúdo meramente processual penal e estabelece conexões com direito civil, por exemplo, ao tratar do direito ao registro civil de acordo com a sua identidade

1 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[..]

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

2 Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

de gênero e princípios fundamentais, mas também em virtude da atualidade de algumas discussões relevantes que dizem respeito a uma vida livre de violência, de discriminação e com respeito à dignidade da pessoa humana, como bens jurídico-constitucionais.

À luz de tais considerações, o que se pretende neste ensaio é precisamente situar a decisão a ser comentada no contexto mais amplo do direito à dignidade da pessoa humana, especialmente o direito assegurado à pessoa presa, como o respeito à sua integridade física e moral (artigo 5º XLIX), cabendo, pois, ao Estado preservar e assegurar o direito de ser diferente, de ser respeitado(a) de acordo com a sua identidade de gênero. Ademais, destaca-se o previsto no inciso IV do art. 3º da CF, que estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, sempre com foco na discussão em torno do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e no julgamento do STF sobre a matéria.

1. A AUSÊNCIA DE DADOS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO EM RELAÇÃO À POPULAÇÃO LGTT

O encarceramento feminino tem aumentado consideravelmente nos últimos anos. Segundo os últimos dados do INFOPEN de junho de 2016, o Brasil conta com uma população de 726.712 pessoas custodiadas no Sistema Penitenciário, sendo 42.355 mulheres e 665.482 homens.³ No período de 2000 a 2014, o aumento da população feminina foi de 567,4%, enquanto a média de crescimento masculino, no mesmo período, foi de 220,20%, refletindo, assim, a curva ascendente do encarceramento em massa de mulheres. Em geral, as mulheres submetidas ao cárcere são jovens, têm filhos, são as responsáveis pela provisão do sustento familiar, possuem baixa escolaridade, são oriundas de extratos sociais desfavorecidos economicamente e exerciam atividades de trabalho informal em período anterior ao aprisionamento.⁴

3 Fonte: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf. Acesso em 19/03/2018.

4 Fonte: <http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em 18/03/2018.

No entanto, a falta de dados acerca do número de pessoas transexuais, transgênero e travestis no sistema prisional brasileiro demonstra o completo descaso das instituições públicas e do Estado em relação a essa população, que deveriam ter estruturado em seus sistemas de dados informações sobre a situação prisional da população LGBTT. Um único levantamento encontrado ocorreu no Estado de São Paulo, através de dados fornecidos pela Secretaria da Administração Penitenciária, de onde se aduz que havia pelo menos 431 travestis e 19 transexuais presas em unidades masculinas do sistema penitenciário paulista em 2013.⁵

A população LGBTT sofre diversas formas de violações de direitos na prisão, que incluem violências como o não reconhecimento das suas identidades de gênero, proibição do uso do nome social, proibição de usar roupas femininas, raspagem forçada de cabelos, estupros, assédios e problemas relacionados à falta de acesso à saúde, uma vez que muitas possuem silicone industrial e fizeram/fazem uso de hormônios para as modificações corporais, conforme relata o assistente social Guilherme Gomes em uma entrevista concedida em 2017.⁶

Em *Vigiar e Punir*, Foucault (1987) descreve que a forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza.⁷

5 LAGO, Natália; ZAMBONI, Marcio. políticas sexuais e afetivas da prisão gênero e sexualidade em contextos de privação de liberdade. In: 40º encontro anual da Anpocs - Spg 13: estudos em antropologia do direito, sociologia da punição e encarceramento: discutindo o sistema prisional e socioeducativo no Brasil, 2016. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/papers-40-encontro/spg-3/spg13-3/10052-politicas-sexuais-e-afetivas-da-previsao-genero-e-sexualidade-em-contextos-de-privacao-de-liberdade/file> Acesso em 25/03/2018.

6 <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/568746-mulheres-travestis-pessoas-trans-e-gays-encarcerados-enfrentam-mais-violencias-que-os-demais-detentos-entrevista-especial-com-guilherme-gomes>. Acesso em 01/04/2018.

7 Foucault, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987.

O controle sobre o corpo e a sexualidade na prisão reflete a desigualdade de gênero existente na sociedade e como algumas pessoas sofrem mais ainda violações de direitos humanos porque são lésbicas, gays ou bissexuais, ou em razão de seu comportamento afetivo-sexual com pessoas do mesmo sexo, ou porque são percebidas como transexuais, transgêneres/as/os, intersexuais, ou porque pertencem a grupos sexuais identificados em determinadas sociedades pela sua orientação sexual ou identidade de gênero.

As prisões femininas são espaços de segregação e reproduzem as estruturas patriarcais da sociedade que situam as mulheres como objeto e não como sujeito de direitos.⁸ Com a população LGBTQTT não é diferente. Além disso, também padecem com a violência de gênero, uma vez que tratadas com preconceito e discriminação por parte de todo o sistema de justiça criminal.

O direito penal não diferencia entre homens e mulheres ou transexuais e travestis em suas normas. No entanto, o sistema penal, realiza processos de seleção dos sujeitos que cometem infração penal, fazendo com que, entre outros sujeitos, a população LGBTQTT seja apenada com maior gravidade.

A invisibilidade da situação das pessoas trans e travestis encarceradas reflete a discriminação que essa população sofre fora da prisão. A prisão é uma instituição que continua violando de forma muito diversa os direitos da pessoa no cárcere. No caso de travestis e transexuais, essas violações

8 Há muitas décadas, criminólogas, filósofas e teóricas do direito feministas iluminam a questão do encarceramento como uma política patriarcal e seus reflexos na reprodução de violências de gênero. Cf., entre muitas outras: ALGRANTI, Leila Mezan. *Honradas e Devotas: mulheres da colônia: condição feminina nos conventos e recolhimentos do sudeste do Brasil, 1750-1822*. Rio de Janeiro: José Olympio; Brasília: UnB, 1993. ANDRADE, Vera R. Pereira de. “Violência sexual e sistema penal. Proteção ou duplicação da vitimação feminina?”, in: *Feminino Masculino. Igualdade e Diferença na Justiça* (Denise Dourado Dora, org.). Porto Alegre: Editora Sulina, 1997. _____. “Criminologia e Feminismo. Da mulher como vítima à mulher como sujeito”, *Criminologia e Feminismo* (Carmen Campos, org.). Porto Alegre: Editora Sulina, 1999. BIERRENBACH, Maria Ignês. *A mulher presa*. Revista do IANUD, n. 12. São Paulo: 1998. CASTRO, N. E. *Hacia una propuesta de equidad de género en el campo penitenciario*. In: BERGALLI, R. et. al. (orgs.) *Violencia y sistema penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 107-116. FACIO, Alda e CAMACHO, Rosalía. “En busca de las mujeres perdidas o una aproximación crítica a la Criminología”. In: *Vigiladas y Castigadas*. Lima: CLADEM, 1993. LARRAURI, Elena. “Control Formal: ... Y el Derecho Penal delas Mujeres”. In: *Mujeres Derecho Penal y Criminología* (Elena Larrauri, org.). Madrid: Siglo Veintiuno, 1994. _____. “Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo”, *Nueva Doctrina Penal*, v. 1998/B. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998. MEO, Analía Inés. “El delito de las féminas”, *Delito y Sociedad*, n. 2. Buenos Aires: 1992.

ocorrem de forma mais específica e essas desigualdades se produzem em termos interseccionais como da sexualidade, raça e classe social.⁹

A violência e o tratamento degradante a que são submetidas as pessoas LGBTQ dentro no sistema prisional vêm sendo objeto de pesquisas e de ONGs que lutam pelos direitos da população LGBTQ (ONG Somos, ONG Igualdade RS, ONG GRAB, ONG Cellos-MG, Grupo Dignidade-PR, Adeh, CasaNem e etc.). O sofrimento, no entanto, começa muito antes da seletividade penal realizada de forma binária pelo gênero (homem ou mulher), já que muitas mulheres trans e travestis sofrem mais com a violência praticada pela família e pela sociedade que as rejeitam.¹⁰

Pesquisas indicam que as taxas de suicídio permanecem altas após a cirurgia de redesignação sexual e o Centro Nacional pela Igualdade de Transgêneros relatou em 2015 que 40% das pessoas que se identificam como transgênero tentaram o suicídio. Isso ocorre porque mesmo após a submissão a um doloroso “processo de patologização” e procedimento cirúrgico, o preconceito social continua operante.

As aspas acima no termo “processo de patologização” fazem referência a utilização do termo de forma crítica. O paradigma médico infelizmente ainda é hegemônico no Poder Judiciário e na área da saúde acerca das identidades não conformadas com sua designação de origem. O tratamento jurídico de identidades não binárias ou não conformadas com suas designações de origem ainda está associado com um doloroso processo de psiquiatria dessas identidades: para o sistema de justiça, com raros entendimentos divergentes, é necessário que se comprove uma disforia/doença para o reconhecimento jurídico da identidade social de pessoas transexuais, transgêneros e travestis. Esse processo está relacionado com o controle dos corpos desviantes dos padrões impostos arbitrariamente pela sociedade.

9 GG Ferreira - Temporalis, 2014 - publicacoes.ufes.br

¹⁰ Segundo pesquisa realizada pelo Centro Nacional pela Igualdade dos Transgêneros, em que 17.715 pessoas trans foram entrevistadas, constatou-se que: 14% das/os transexuais foram enviados a um profissional, após revelarem sua identidade de gênero à família, com a intenção de impedi-las/los de passarem pela transição; 10% sofreram violência de algum membro da família; 8% foram expulsos de casa devido à sua identidade de gênero. E a taxa mais alarmante: 40% das/os transexuais já tentaram o suicídio em algum momento de suas vidas.

Isso quer dizer que pessoas cisgêneras (conformadas com sua designação sexual biológica) são consideradas o padrão de normalidade e quem foge à *cisregra* é considerado em diversas instâncias de controle como anormal ou desviante. Há, portanto, uma naturalização do sistema cisgênero (macho/ fêmea; homem/mulher) – chamado por algumas transfeministas de *cistema* – que serve como paradigma para as identidades de gênero de forma geral, controlando os padrões de normalidade e o *status quo* de gêneros (binário e hierárquico) da sociedade. Urgente é o tratamento despatologizante, como há muito apontam os diversos movimentos sociais.

Tendo em vista esse tratamento violento imposto pela sociedade e pelas instituições estatais, importante conquista foi o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, editado pelo Governo Federal em 2015, que trata do respeito à diversidade nas unidades prisionais brasileiras. As diferenças devem ser respeitadas para gerar igualdade de direitos, e as questões de gênero; de orientação sexual e identidade de gênero; de deficiência; geracional; de nacionalidade; raça, cor e etnia, são vividas também no campo criminal e penitenciário e não devem ser desconsideradas. É uma questão de acesso aos direitos e de gestão das políticas públicas.¹¹

No entanto, em que pese a normativa federal supracitada, muitas travestis, transexuais e transgêneros em situação de prisão no Brasil são desrespeitados/os e os seus direitos mais básicos são violados como, por exemplo, o direito de acesso à assistência jurídica gratuita, já que, segundo dados do INFOPEN (2014), em alguns estados como o Rio Grande do Norte, mais de 70% da população carcerária não tem acesso a assistência jurídica, o maior índice do país.¹²

Acerca da estrutura de controle do sistema penal, compartilhamos do pensamento de Pimentel, segundo o qual:

11 Fonte: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnrcp-1/imagens-cnrcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>. Acesso em 18/03/2018.

12 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN mulheres – junho de 2014. Departamento penitenciário nacional. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em 18/03/2018.

Na administração carcerária, a realidade das prisões femininas, no Brasil, demonstra uma evidente proximidade entre a gestão cotidiana, com seus mecanismos de controle de corpos (FOUCAULT, 1997) e a concepção patriarcal subjacente ao tecido social, que reproduz estereótipos de gênero como referências discursivas legitimantes das práticas punitivas ditas reintegradoras, mas que na realidade reafirmam modelos de opressão e violência de gênero, no sentido contrário de qualquer projeto emancipatório das mulheres.¹³

Histórias de violência e preconceito contra transexuais e travestis são comuns no sistema prisional brasileiro. Em 2015, no Ceará, uma transexual foi levada à audiência de custódia, ocasião em que, com marcas de espancamento, chorando e vomitando, ela relatou que não queria voltar à prisão, e que, se isso acontecesse, ela se mataria. Isso porque passou 20 dias presa na penitenciária masculina de Caucaia, sendo espancada e estuprada por quatro detentos. Durante a audiência de custódia, um dos presos disse ao juiz que ouviu os gritos da transexual durante a noite pedindo socorro. O caso ainda está sendo apurado.¹⁴

Os clamores dos grupos de apoio e associações que lutam pelos direitos das transexuais e travestis têm obtido alguns avanços no campo do direito como, por exemplo, o direito a alteração do nome de acordo com a sua identidade de gênero, independentemente da cirurgia de redesignação sexual, como foi recentemente concedido pelo Supremo Tribunal Federal, valendo citar o voto do Eminentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski (Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal), a seguir:

Atenta aos reclamos contemporâneos na luta por reconhecimento, não pode se omitir na luta pela concretização dos direitos fundamentais das pessoas “trans”. E, ao fazê-lo,

13 PIMENTEL, Elaine. Prisões femininas: por uma perspectiva feminista e interseccional. In: Mulheres e violências: interseccionalidades / Organização Cristina Stevens, Susane Oliveira, Valeska Zanello, Edlene Silva, Cristiane Portela, .. – Brasília, DF : Technopolitik, 2017.

14 <http://tribunadoceara.uol.com.br/noticias/segurancapublica/defensoria-publica-investiga-estupro-sofrido-por-transexual-em-cela-masculina-de-presidio/>. Acesso em 25/03/2018.

deve afastar, de uma vez por todas, qualquer resquício de abordagem patologizante da questão, que não se coaduna com um Estado democrático que respeita os indivíduos enquanto tais e lhes confere, a todos, igual estima social. Deve-se, ao contrário, estabelecer um novo paradigma normativo que coloque o reconhecimento em seu centro e que consiga refletir de forma complexa e não binária sobre a identificação da pessoa humana.

Um entendimento semelhante, utilizado pela ótica do Sistema Penitenciário, pautou a decisão do Supremo Tribunal Federal objeto deste ensaio. O julgado, cujos fundamentos jurídicos serão comentados a seguir, representou um importante avanço para a população LGBTT ao garantir a transferência de duas travestis para uma unidade prisional feminina.

2. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O RESPEITO AO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A bem lançada decisão do Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, determinou a transferência de duas travestis presas na Penitenciária de Presidente Prudente (SP) para um presídio feminino. Fundamentou o eminente Ministro na Resolução Conjunta nº 1, de 15.04.2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação; e da Resolução SAP nº 11, de 30.01.2014, do Estado de São Paulo.

Ambas estão presas desde dezembro de 2016 na Penitenciária de Presidente Prudente (SP). Uma delas, de acordo com os votos do ministro, dizia estar dividindo o mesmo espaço com 31 homens, “sofrendo todo o tipo de influências psicológicas e corporais”. Ao decidir o caso, o ministro extinguiu o processo sem resolução do mérito, citando o entendimento jurisprudencial que aponta a inadmissibilidade do uso da ação de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário previsto na Constituição Federal, mas deferiu de ofício a transferência das pacientes, nos seguintes termos:

10. Sem prejuízo disso, a notícia de que o paciente **e o corréu foram incluídos em estabelecimento prisional incompatível com as respectivas orientações sexuais autoriza a concessão da ordem de ofício**, na linha da Resolução Conjunta nº 1, de 15.04.2014,

do Conselho Nacional de Combate à Discriminação; e da Resolução SAP nº 11, de 30.01.2014, do Estado de São Paulo.

11. Diante do exposto, com base no art. 21, §1º, do RI/STF, nego seguimento ao habeas corpus. Contudo, concedo a ordem de ofício para determinar ao Juízo da Comarca de Tupã/SP que coloque o paciente _____ (nome social _____) e o corréu _____ (nome social _____) em estabelecimento prisional compatível com as respectivas orientações sexuais. (Grifos nossos. Omitimos a identidade das pacientes)¹⁵

A Resolução Conjunta nº 1 do Conselho Nacional de Combate a Discriminação cita os seguintes tratados de direitos humanos que o Brasil ratificou: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes e seu Protocolo Facultativo, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos, as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok), e todos os outros instrumentos internacionais aplicáveis à matéria, bem como os Princípios de Yogyakarta (Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero).

O *caput* do artigo 4º da referida Resolução preconiza que “as pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas” e, no parágrafo único do mesmo dispositivo, que “às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade”. Dessa forma, ao determinar a transferência das duas travestis para uma unidade prisional feminina, o STF reafirma dois dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, que são o de assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral e a individualidade da pena, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

¹⁵ Íntegra da decisão disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152491&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em 25/03/2018

Vale ressaltar que, quando a Constituição Federal dispõe no artigo 5º, inciso XLVIII, que a pena deverá ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, idade e sexo do apenado, na verdade está dizendo que a identidade de gênero do/da apenado/a deva ser respeitada e observada pelo sistema prisional. Aliás, essa é a interpretação que deve nortear todo o sistema de justiça e de forma integral, uma vez que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é justamente a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação(art. 3º, IV, da CF).

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana foi expressamente contemplado como um dos princípios fundamentais no inciso III, do artigo 1º, na condição de direito inviolável. Além de toda a proteção genérica constitucional, a dignidade da pessoa em situação de prisão encontrou proteção no artigo 5º, incisos XLVIII e XLIX, ao dispor que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado e assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral.

O cárcere apenas deve privar o direito à liberdade de locomoção e não os demais direitos fundamentais que preservam a dignidade do indivíduo. Já o princípio da individualização da pena impede que o Judiciário e os entes prisionais disponham de tratamento que violem características inerentes à pessoa presa (vide art. 5º, XLVI e XLIII da CRFB/1988¹⁶ e arts. 1º e 5º da Lei 7.210/1984¹⁷).

16 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

17 Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

As Nações Unidas adotaram os Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero em 2007.¹⁸ Tais princípios tratam de um amplo espectro de normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios afirmam a obrigação primária dos Estados de implementarem os direitos humanos, sendo acompanhados de detalhadas recomendações aos Estados. No entanto, os especialistas também enfatizam que muitos outros atores têm responsabilidades na promoção e proteção dos direitos humanos. Recomendações adicionais são direcionadas a esses outros atores, que incluem o sistema de direitos humanos das Nações Unidas, instituições nacionais de direitos humanos, mídia, organizações não-governamentais e financiadores.

Vale ressaltar que logo na introdução aos Princípios de Yogyakarta, os direitos relativos à orientação sexual e identidade de gênero constituem a dignidade da pessoa humana.¹⁹

Em que pese a decisão confundir identidade de gênero com orientação sexual, ela representa um grande avanço para a população transexual e travestis no Brasil. Esclarecer, portanto, a diferença de identidade de gênero e orientação sexual é fundamental para que não haja divergências e/ou confusões entre os significados quando utilizados no âmbito do direito. Para tanto, vamos seguir as lições de Jaqueline de Jesus²⁰, a seguir:

Gênero se refere a formas de se identificar e ser identificado como homem ou como mulher. Orientação sexual se refere à atração afetivossexual por alguém de algum/ns gênero/s.

¹⁸ http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em 25/03/2018.

¹⁹ A introdução dispõe o seguinte: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso”. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em 04/04/2018.

²⁰ <http://www.diversidadeseexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>. Acesso em 01/04/2018.

Uma dimensão não depende da outra, não há uma norma de orientação sexual em função do gênero das pessoas, assim, nem todo homem e mulher é “naturalmente” heterossexual.

(...)

A transexualidade é uma questão de identidade. Não é uma doença mental, não é uma perversão sexual, nem é uma doença debilitante ou contagiosa. Não tem nada a ver com orientação sexual, como geralmente se pensa, não é uma escolha nem é um capricho.

(...)

que são travestis as pessoas que vivenciam papéis de gênero feminino, mas não se reconhecem como homens ou como mulheres, mas como membros de um terceiro gênero ou de um não-gênero.

O direito da pessoa presa de ser respeitada independentemente de sua orientação sexual e/ou identidade de gênero precisa reafirmado todos os dias e principalmente perante os agentes penitenciários e os funcionários encarregados de fazer cumprir as leis. É dever das instituições penais, no Estado Democrático de Direito, proteger as pessoas que estão privadas da liberdade e assegurar a elas tratamento digno e respeitoso, na forma do disposto na Constituição Federal. Para isso, deve ocorrer uma grande mudança de paradigmas no sistema de justiça, com capacitação permanente em direitos humanos e igualdade de gênero nas instituições públicas, principalmente nas agências de segurança pública.

Continuando no campo internacional dos direitos humanos vale registrar as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok), que cuidam do tratamento que deve ser destinado às mulheres em situação de prisão.²¹ São regras mínimas internacionais, as quais o Bra-

21 <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>. Acesso em 25/03/2018.

sil se comprometeu a cumprir. Mas muitos operadores/as do direito e do sistema de justiça criminal sequer as conhecem.

Reportagens e notícias dão conta de que mulheres presas e transexuais sofrem muito mais nas prisões do que, por exemplo, a população carcerária masculina. Nesse sentido, a decisão do STF veio dar visibilidade à grave situação da população LGBT presa e que todos os dias é submetida a violência e discriminação dentro das prisões.²²

Outra resolução citada na decisão é a Resolução SAP nº 11, de 30.01.2014, do Estado de São Paulo, que assegura o direito das pessoas privadas de liberdade de ter preservado o direito a sua orientação sexual e a identidade de gênero. No artigo 2º, consta que as unidades prisionais podem implantar, após análise de viabilidade, cela ou ala específica para a população de travestis e transexuais, de modo a garantir sua dignidade, individualidade e adequado alojamento.²³

Após toda a trajetória de luta pelo reconhecimento da identidade transexual e travesti no âmbito dos direitos de personalidade, especificamente, o Sistema Penitenciário passa a inserir nas suas normativas internas os direitos para essa população. Esses direitos podem ser considerados direitos fundamentais e devem ser respeitados por todos e principalmente pelo Estado, com maior enfoque no sistema penitenciário.

No Rio de Janeiro, duas Resoluções foram assinadas em 29 de maio de 2015: a Resolução nº 558, que “estabelece diretrizes e normativas para o tratamento da população LGBT do sistema penitenciário no âmbito do Estado do Rio de Janeiro”, e a nº 34, que “cria o grupo de trabalho permanente de Políticas LGBT no Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro”. Entre os direitos garantidos estão o uso de uniforme de acordo com o seu gênero, nome social na guia de recolhimento da pessoa presa,

22 <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/568746-mulheres-travestis-pessoas-trans-e-gays-encarcerados-enfrentam-mais-violencias-que-os-demais-detentos-entrevista-especial-com-guilherme-gomes>. Acesso em 18/03/2018. <https://oglobo.globo.com/brasil/todo-dia-durante-um-mes-fui-estuprada-diz-transexual-ex-detenta-22419265>. Acesso em 18/03/2018.

23 No Rio de Janeiro, a Secretaria de Administração Penitenciária editou a Resolução nº 558, de 29 de maio de 2015 que estabelece diretrizes e normativas para o tratamento da população LGBT no sistema penitenciário do Estado do Rio de Janeiro.

a garantia dos serviços públicos de saúde, incluindo a hormonoterapia; a manutenção dos cabelos compridos para travestis e mulheres transexuais que assim desejarem; o direito à realização de revista íntima de forma reservada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste texto foi evidenciar a importância da situação das mulheres trans e travestis privadas de liberdade e o destaque para o direito dessas pessoas de estarem em unidades prisionais de acordo com a sua identidade de gênero.

Sabemos que as mulheres trans e travestis sofrem muito preconceito e são discriminadas na sociedade, e a realidade das prisões ainda reforça os estereótipos de gênero. As opressões e vulnerabilidades são intensificadas dentro do sistema penitenciário. As pessoas trans e travestis, quando passam pela prisão, são invisibilizadas e silenciadas pela força do poder punitivo, que é erguido pelo sistema da cultura patriarcal da nossa sociedade.

Dentro desse paradigma, a decisão do STF veio dar voz e visibilidade para as pessoas trans e travestis que se encontram privadas de liberdade e confere a essas pessoas a plena fruição de direitos fundamentais, a integral proteção assegurada pela dignidade da pessoa humana.

Outra conclusão importante se refere à ausência de dados oficiais em relação à população LGBTT no sistema prisional brasileiro. Isso demonstra a invisibilidade e a ausência de políticas públicas para essa população, que tem necessidades especiais e é vítima de discriminação e preconceito de forma mais acentuada quando está privada de liberdade.

Essa face contemporânea do feminismo e do transfeminismo marcados pela interseccionalidade tem papel fundamental na produção científica, nas contribuições dos movimentos sociais e das entidades de proteção aos direitos da população LGBTT em diversos espaços, incluindo o Sistema Penitenciário.

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental consagrado na Constituição Federal, deve prevalecer para assentar-se o direito do ser humano de buscar a integridade e apresentar-se à sociedade como de

fato se enxerga. Solução diversa apenas reforça o estigma que conduz muitos cidadãos transgêneros à depressão, à prostituição e ao suicídio, conforme bem assinalou o Ministro Marco Aurélio, ao proferir o voto na ADI 4275/DF.²⁴

Afora os problemas intrínsecos do sistema penal brasileiro, a população LGBTTT sofre ainda mais quando está encarcerada com a falta de estrutura para recebê-los, falta de acompanhamento médico e psicológico, a falta de recursos e a existência de poucas alas especiais. Além disso, quase não há acesso a assistência jurídica, o desrespeito à utilização do nome social é uma realidade cruel e desumana.

Durante muitos anos a toda a população LGBTTT foi negada a palavra, como seres humanos, como cidadãs e cidadãos e como presas e presos. Este texto espera ter contribuído para dar voz consciente à nossa sociedade sobre um problema que é todas/os nós.

Conclui-se que a decisão do STF representou um primeiro passo rumo à garantia dos direitos dessa população à autodeterminação e a uma vida sem violência e sem discriminação dentro do sistema prisional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALGRANTI, Leila Mezan. *Honradas e Devotas: mulheres da colônia: condição feminina nos conventos e recolhimentos do sudeste do Brasil, 1750-1822*. Rio de Janeiro: José Olympio; Brasília: UnB, 1993.

ANDRADE, Vera R. Pereira de. “Violência sexual e sistema penal. Proteção ou duplicação da vitimação feminina?”, in: *Feminino Masculino. Igualdade e Diferença na Justiça* (DeniseDourado Dora, org.). Porto Alegre: Editora Sulina, 1997.

_____. “Criminologia e Feminismo. Da mulher como vítima à mulher como sujeito”, *Criminologia e Feminismo* (CarmenCampos, org.). Porto Alegre: Editora Sulina, 1999.

²⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275VotoEF.pdf> Acesso em 04/04/2018.

BIERRENBACH, Maria Ignês. A mulher presa. Revista do ILANUD, n. 12. São Paulo: 1998.

CASTRO, N. E. Hacia una propuesta de equidad de género en el campo penitenciario. In: BERGALLI, R. et. al. (orgs.) Violencia y sistema penal. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 107-116.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Bangkok Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Série Tratados Internacionais de direitos humanos. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>
Acesso em 25/03/2018

FACIO, Alda e CAMACHO, Rosalía. “En busca de las mujeres perdidas o una aproximación crítica a la Criminología”. In: Vigiladas y Castigadas. Lima: CLADEM, 1993.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalheite. Petrópolis, Vozes, 1987.

JESUS. Jaqueline Gomes. Orientações Sobre Identidade De Gênero: Conceitos E Termos. Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião. 2ª edição – revista e ampliada. Brasília Dezembro, 2012. Disponível em: <http://www.diversidadesesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/GÊNERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>
Acesso em 01/04/2018.

LARRAURI, Elena. “Control Formal: ... Y el Derecho Penal delas Mujeres”. In: Mujeres Derecho Penal y Criminología (Elena Larrauri, org.). Madri: Siglo Veintiuno, 1994.

_____. “Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo”, Nueva Doctrina Penal, v. 1998/B. Buenos Aires: Editores delPuerto, 1998.

MEO, Analía Inés. “El delito de las féminas”, *Delito y Sociedad*, n. 2. Buenos Aires: 1992.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2015. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf> Acesso em 18/03/2018.

_____. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFO-PEN Mulheres – Junho de 2014. Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em 18/03/2018.

_____. Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS AAtualização - Junho de 2016. Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf Acesso em 19/03/2018.

PIMENTEL, Elaine. Prisões femininas: por uma perspectiva feminista e interseccional. In: *Mulheres e violências: interseccionalidades / Organização Cristina Stevens, Susane Oliveira, Valeska Zanello, Edlene Silva, Cristiane Portela,*. – Brasília, DF : Technopolitik, 2017.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf Acesso em 04/04/2018.

LAGO, Natália; ZAMBONI, Marcio. políticas sexuais e afetivas da prisão gênero e sexualidade em contextos de privação de liberdade. In: 40º encontro anual da Anpocs - Spg 13: estudos em antropologia do direito, so-

ciologia da punição e encarceramento: discutindo o sistema prisional e socioeducativo no Brasil, 2016. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/papers-40-encontro/spg-3/spg13-3/10052-politicas-sexuais-e-afetivas-da-previsao-genero-e-sexualidade-em-contextos-de-privacao-de-liberdade/file> Acesso em 25/03/2018.



Centro de Estudos e Pesquisas

A REVISTA DIREITO EM MOVIMENTO é uma ferramenta institucional publicada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, que objetiva construir uma relação de proximidade do DIREITO com as demais CIÊNCIAS SOCIAIS, trazendo temas que aproximam o jurídico da história, da filosofia, da antropologia, da sociologia jurídica, dentre outras disciplinas, buscando demonstrar a necessária inter-relação que deve existir no plano de um DIREITO que objetiva a Justiça. A REVISTA também acompanha o cenário do FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais, objetivando intensificar também o novo paradigma de que o Direito só será justo, na medida em que seus operadores consigam multiplicar as lentes sob as quais o examinam.

Desembargadora Cristina Tereza Gaulia
Coordenadora Editorial