ISSN 2526-5199

Cadernos
da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo

v. 3 n. 9 2018

Direito das Mulheres

O direito sob a perspectiva de gênero e seus desafios: diálogos com as defensoras do *Coletivo de Mulheres Defensoras Públicas do Estado de São Paulo*

ISBN 978-85-92898-09-0

DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

EDEPE Escola
da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo

©2018 EDEPE
Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE
Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
v. 3 n.9 2018 – ISSN 2526-5199

Defensor Público Geral
Davi Eduardo Depiné Filho

Defensor Público Diretor da EDEPE
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Defensores Públicos Assistentes da EDEPE
Bruno Vinicius Stoppa Carvalho
Rafael Folador Strano

Corpo Editorial
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira
Bruno Vinicius Stoppa Carvalho
Rafael Folador Strano
Clarissa Christianne Rodrigues Souza

Diagramação e Projeto Gráfico
Laura Schaer Dahrouj

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE
Rua Líbero Badaró, 616 - 4º andar
CEP 01008-000 - São Paulo-SP
Tel.: (11) 3105-0919 - ramal 401
escola@defensoria.sp.gov.br

Todos os direitos reservados à Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.
Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.
É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Paula Sant'Anna Machado de Souza (Org.)
Yasmin Oliveira Mercadante Pestana (Org.)

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

O direito sob a perspectiva de gênero e seus desafios: diálogos com as defensoras do Coletivo de Mulheres Defensoras Públicas do Estado de São Paulo

1ª edição

São Paulo
Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
2018

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo / Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. – Ano 03, v. 3, n. 9 (2016 -). – São Paulo: EDEPE, 2018.
104 p.

ISSN 2526-5199 (cadernos)
ISBN 978-85-92898-09-0

1. Direito – Periódico. I. Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

CDU 34(05)

Elaborado por Giliardi Pereira Delli Paoli – CRB-8/10114

Este volume dos Cadernos foi apoiado pelo:

Coletivo de Mulheres Defensoras Públicas de São Paulo

APRESENTAÇÃO DA SÉRIE

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

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

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

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

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

Sumário

Apresentação deste volume.....**7**

Março.....**8**
Mariana Salomão Carrara

Acesso à justiça e as mulheres.....**12**
Yasmin Oliveira Mercadante Pestana

A Educação em Direitos como instrumento
concretizador do acesso à justiça das mulheres.....**19**
Lúcia Thomé Reinert

A dispensabilidade da audiência de conciliação em casos
envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.....**34**
Jordana de Matos Nunes Rolim

A retirada de recém-nascidos de suas genitoras nas
maternidades em razão do uso de drogas
e o imaginário da maternagem.....**39**
Tatiana Campos Bias Fortes

A garantia do direito à moradia adequada na perspectiva
de gênero: o combate à discriminação contra a mulher por
meio das políticas públicas habitacionais.....**50**
Vanessa Chalegre de Andrade França

A PEC do Cavalo de Tróia como arma contra as mulheres.....**60**
Ana Rita Souza Prata
Paula Sant'Anna Machado de Souza

A criminalização do feminicídio no Brasil, direitos humanos
das mulheres, princípio da proporcionalidade e direito penal mínimo.....**67**
Mônica de Melo

A qualificadora do feminicídio.....**89**
Cristina Emy Yokaichiya

"Nada para Elas, sem Elas", Amigas da Corte: uma atuação
para a democratização do processo e do sistema de justiça.....**96**
Camille Vieira da Costa
Bruno de Almeida Passadore
"Trabalho apresentado no concurso de práticas exitosas do XIII Congresso Nacionais de Defensores/as Públicos/as premiada com menção honrosa"

Apresentação

Há um ano, no Dia Internacional de Luta das Mulheres, algumas Defensoras Públicas do Estado de São Paulo se reuniram de maneira informal para iniciar um diálogo sobre as desigualdades de gênero que atingem as mulheres em geral, e as defensoras em particular, bem como as dificuldades para implementar os direitos das mulheres dentro e fora da Defensoria Pública.

Surgiu, aos poucos, o Coletivo de Mulheres Defensoras do Estado de São Paulo, que ainda dá seus primeiros passos, como o presente caderno.

O Coletivo demonstra a energia de dezenas de Defensoras que querem construir uma Defensoria que, cada vez mais, se alie com ideal de igualdade entre homens e mulheres e busque não tolerar o assédio e a violência contra à mulher, em qualquer vertente. A participação de um significativo número de Defensoras do Coletivo nas manifestações contra a criminalização do aborto foi um primeiro exemplo.

Outro fruto das nossas discussões, após muitas Defensoras terem revelado que, apesar de serem trabalhadoras do serviço público, sentem desigualdades no tratamento que lhe é prestado, a ponto de ficarem constrangidas em exercer, por exemplo, o seu direito à licença maternidade, foi a proposta de deliberação apresentada perante o CSDP, a fim de priorizar as substituições deste tipo de licença.

Questão bastante discutida pelo Coletivo, e que muito precisa caminhar, foi a perda de representatividade nos espaços políticos e de decisão da carreira, apesar de representarmos mais de cinquenta por cento da carreira.

O Coletivo vem se revelando como um esforço para fortalecer as mulheres Defensoras, debater os feminismos e ampliar os canais de discussão entre mulheres, num ambiente em que as divergências tem se mostrado saudáveis e construtivas.

Boa leitura!

Coletivo de Mulheres Defensoras Públicas do Estado de São Paulo

Março

March

Mariana Salomão Carrara
Defensora Pública do Estado de São Paulo
mscarrara@gmail.com

Resumo

Ficção com temática centrada no atendimento à mulher vítima de violência doméstica. A partir das hipóteses levantadas pelo narrador – que são justamente as mais comuns – acompanha-se a aflição da personagem na tentativa de rompimento do ciclo de violência. Ao longo dos enredos levantados pelo narrador, imagina-se o desnorteio da mulher que deixa sua casa com a necessidade de apoio policial, ainda sem saber como serão os caminhos para um possível recomeço, e, o que é mais grave, enfrentando a necessidade de se esconder de possíveis perigos à sua vida e à vida de eventuais filhos. A imagem do segurança da instituição, com quem acaba por se abrir – sentada ao seu lado por tantas horas à espera da viatura –, acaba por incorporar a ambiguidade do ouvinte desse tipo de relato, que pode se perder entre a raiva contra o agressor e julgamentos sobre a vítima.

Palavras-chave: Ficção. Conto. Violência doméstica.

Abstract

Fiction focused on women's care, specially victims of domestic violence. Based on the hypotheses raised by the narrator - which are precisely the most common cases – we follow the affliction of the character in the attempt to break the cycle of violence. Throughout the plots raised by the narrator, one imagines the bewilderment of the woman who leaves her house with the need for police support, still not knowing how the roads will be for a possible resumption, and, what is more serious, facing the need to hide from possible dangers to her life and the life of her eventual children. The image of the security gard of the institution, with whom she opens up - seated next to him for so many hours waiting for the police vehicle -, ends up incorporating the ambiguity of the listener of this type of report, that can be lost between the rage against the aggressor and judgments about the victim.

O problema não é que ela ficou esperando mais de cinco horas, o problema talvez tenha sido a espera de tantos anos, pelo menos é isso que eles dizem, eles demoraram pra chegar, mas ela demorou muitos anos pra levantar essa cabeça, esse olho que já nem é roxo, é de um azulado escuro da mistura dos roxos passados que já pretejaram, esse lábio que já nem é rachado, é um lábio rasgado, um rombo coagulado e seco de gritos interrompidos, um lábio aberto, ela demorou demais e agora que chegou aqui eles podem demorar o quanto quiserem porque não estão lá para muitos milagres, sabe-se lá se eles mesmos não andam rompendo os lábios e azulando as molduras dos olhos das mulheres que eles têm guardadas em casa.

As viaturas enfim ali piscando silenciosas na noite, e ela ali em pé envergonhada diante do portão da décima repartição que procurou no último semestre, desfilando suas narrativas que de vez em quando ganham mais detalhes, mas outras vezes se tolhem doídas, a depender do olhar que lhe pousam, a depender das perguntas, a depender do que as crianças presenciaram, e de quem ficou a cuidar das crianças, e de quem arcará com as crianças, e de quem Jesus ama e quem Jesus talvez não ame, e a depender de quem as crianças serão um dia, e de quem ela pensa que é para ir de novo aborrecer o delegado, que insistência, ou de quem ela pensa que é para chegar em casa a uma hora dessas – depois da delegacia? –, e a depender de quais vizinhos escutam o grito, e que horas, e agora ela ali em pé sem querer discutir, já que as viaturas vieram em três ou quatro homens muito indispostos a levá-la sequer ao primeiro endereço informado cinco ou seis horas atrás por um estudante qualquer dessa repartição que esses policiais nem bem aprenderam o nome, e que na cabeça deles é uma repartição que solta bandidos para depois pedir socorro quando eles agridem suas mulheres, e talvez seja mesmo, porque é uma repartição de liberdades, não de milagres, embora pareça uma Igreja, e talvez tente ou precise fazer muito mais do que Deus.

O segurança dessa repartição inominada tinha ouvido a história dela durante as últimas três horas, uma conversa assim informal, conversa de gente meio sentada meio de pé, por que ele tem um banco desses que deixa as pernas quase esticadas, para que se possa de pronto intervir numa grande emergência, ainda que não haja muito o que ele possa fazer numa grande emergência, além de estar simplesmente pronto pra ela, e ele tinha ouvido tudo assim metade sentado, enquanto as luzes foram apagando, a cidade foi ficando quieta e ela foi ficando mais emocionada e mais sozinha. E a história no começo tinha parecido igual à de tantas mulheres que aparecem ali todo o dia, mas talvez porque tenha anoitecido, ou porque ela estivesse contando pra ele, começou a lhe parecer que fosse uma história especial, ou que todas as histórias daquelas mulheres fossem especiais, e que pudessem todas morrer antes do próximo atendimento.

O segurança deve ter dito ao policial que não custava nada levar a moça até a casa dela, pegar só uma ou outra coisinha, os documentos das crianças, ou mesmo as crianças, umas roupas, senão ele queimava tudo, tudo mesmo, seria uma entrada rápida, sem cerimônia, não é questão de fazer mala, não é serviço de agência de viagem, imagina uma coisa dessas, como ela vai pra outro lugar assim sem nada. E eram três ou quatro homens indispostos a interferir num relacionamento que não era o seu, indispostos a entrar assim na casa de outro homem escoltando sua mulher por entre os escombros da última briga, da última luta, para levá-la dali em suposta segurança, para algum lugar onde não haja isso que até hoje chamaram de amor, onde ela possa

tentar refazer qualquer pedaço de si que ficou perdido dentro daquela casa, e eles disseram que não, talvez porque estava tarde, talvez porque agora aquele homem, aquele marido, talvez aquele mesmo que eles surram, torturam, escondem quando invadem a favela, agora ele tem uma dignidade, e não se entra na casa dele de noite, a casa que fica subitamente sendo dele, para levar dali algumas coisas, e levar também a mulher dele, ou talvez nem seja um desses que eles torturam, seja um religioso, um homem de bem, um homem tão de bem.

E é muito tarde, ela sente um sono impossível, uma vontade de não existir, o segurança pressente um desmaio dela e a segura pelo ombro, depois traz uma água, o segurança que pode ser que já tenha batido em alguém, talvez na mulher que morava com ele, mas talvez nunca tenha batido, e ouviu a história dela inteira durante muitas horas meio sentado, meio de pé, e talvez comece a se odiar, e a odiar os homens, e à guarda civil, e à polícia, porque é difícil olhar aquele olho preto-azulado inchado de um soco que deve ter arremessado a cabeça dela no armário, um armário com as roupas de duas pessoas que vivem miseravelmente juntas, e esse lábio rompido, ela inteira rompida tentando aos poucos acreditar que ainda consegue ser alguma coisa se sair viva de tudo aquilo. O segurança traz água, e talvez diga que está tarde e que é melhor ela ir com eles pra esse outro lugar, só dormir, e amanhã cedo a repartição inteira estará aqui pra ajudar, e outras mulheres com os olhos assim, ele pode ter dito, vocês todas juntas na fila marcadas nos olhos, como se fossem um time, uma equipe de mulheres marcadas que vêm atrás das suas cirurgias, arrancar esse cancro de testosterona e ideias difíceis de serem domesticadas, um time inteiro, os olhos roxos parando aos poucos de chorar, visualizações de uma vida que seja parecida com uma vida, você volta amanhã com todo o time, e daí eles vão te levar, você vai ver, a polícia vai buscar tudo direitinho na sua casa, agora melhor dormir.

E talvez ela tenha pensado que dormir fazia pouco sentido se você não sabe o que vai acontecer amanhã, porque dormir é só uma preparação, uma pausa, para que o dia seguinte seja possível, mas ainda assim ela vai, e pode ser que o policial, ao ver o segurança com a mão no ombro dela e o copo d'água, pode ser que ele tenha achado que era até possível passar na casa dela e pegar um par de coisas, o uniforme e as meias dos filhos que devem estar com a irmã dela, se ela tem uma irmã, e pode ser que ela tenha entrado na viatura e, embora cercada de tantos homens indispostos, indispostos mesmo sendo março, mesmo sendo quase 8 de março e a cidade estar repleta de cartazes da semana da mulher, talvez ela tenha aos poucos parado de chorar, e enfrentado a extrema solidão que é precisar dos outros para exterminar um problema tão dela, um problema que mora na cama dela, que manipula as facas da cozinha dela, um problema que ela amou tanto, e que ainda faz tantas promessas, que depois ficam misturadas com ameaças, um amor desesperado e que é preciso muito cartaz e muito olho roxo pra entender que não é bonito, nem é o único.

E talvez aqueles três ou quatro homens nas duas viaturas tenham decidido, por fim, que era possível passar na casa dela, e quem sabe um deles tenha olhado pra trás e dito que ela podia abrir a janela se quisesse. E ela abaixa o vidro, e a viatura com as luzes piscando atravessando as avenidas, trançando os carros na súbita pressa de um milagre que vai finalmente acontecer, e ela sente o impacto do banco nas rodas e das rodas nas lombadas do bairro, o carro com cheiro do ferro da grade atrás do assento, das algemas, cheiro de sangue velho e de sofrimento, e ela fecha os olhos pra sentir as luzes piscando por cima do inchaço azul como se fossem infra

vermelhos raios lasers de cicatrização, e quando ela abrir os olhos talvez acredite que está acontecendo, que está começando alguma outra coisa, que é março, que é semana da mulher, e que todas as semanas deveriam ser da mulher, e que talvez de hoje em diante sejam.

Acesso à justiça e as mulheres[1]

Access to justice and women

Yasmin Oliveira Mercadante Pestana
Defensora Pública – Defensoria Pública do Estado de São Paulo
yopestana@defensoria.sp.def.br

Resumo

O presente artigo busca abordar os desafios específicos do acesso à justiça às mulheres. Nesse sentido, reflete como as "ondas renovatórias" do acesso à justiça ficaram restritas aos obstáculos criados pela desigualdade social e se esqueceram dos obstáculos criados pela desigualdade de gênero e racial.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Mulheres. Gênero.

Abstract

This article seeks to address the specific challenges of access to justice for women. In this sense, it reflects how the "renewal waves" of access to justice have been restricted to the obstacles created by social inequality and have forgotten the obstacles created by gender and racial inequality.

Keywords: *Access to justice. Women. Gender.*

O tema do acesso à justiça é um tema central para a Defensoria Pública, uma vez que essa Instituição possui como missão essencial a prestação de assistência jurídica integral (às) aos mais vulneráveis (art. 5º, LXXIV, Constituição Federal). E, por outro lado, para o movimento feminista brasileiro, que se consolidou durante o processo de luta pela redemocratização do país[2], falar em acesso à justiça significa reconhecer direitos negados historicamente às mulheres, ainda que dentro da ordem capitalista. Nesse sentido, a institucionalização das pautas feministas, após a promulgação da Constituição Federal, reforçou a necessidade de discutir acesso à justiça e mulheres.

Mas, o que é "acesso à justiça"?

Para alguns, o acesso à justiça poderia ser reduzido ao ingresso no Judiciário. Segundo essa visão, bastaria assegurar à cidadã a propositura de uma ação judicial para dizer que o seu direito ao "acesso à justiça" foi contemplado. Muitas vezes, a atuação do(a) Defensor(a) Público(a) se resume a ingressar com uma ação judicial. Contudo, diante das distorções e preconceitos existentes no Judiciário, seria possível dizer que a mera propositura da ação judicial garante o acesso à justiça? Entendo que não.

Seria, então, o "acesso à justiça", o direito a uma decisão justa? Ou seja, violado um direito (por exemplo, direito à creche), o acesso à justiça somente estaria efetivamente realizado com a concretização desse direito (garantia de uma vaga para a criança)?

Ou seria o acesso à justiça, a garantia de "igualdade de armas"? Explica-se.

As partes envolvidas em um processo dificilmente estão em condições de igualdade material e, sem dúvida, há desigualdades processuais. A título de exemplo, a mãe de uma criança ao ingressar com uma ação de alimentos para seu(sua) filho(a), na maior parte das vezes, não possui condições para comprovar os rendimentos do genitor da criança, razão pela qual a Defensoria defende a aplicação da "inversão do ônus da prova", ou seja, caberá ao pai da criança comprovar seus rendimentos e a impossibilidade de oferecer o valor da pensão alimentícia pleiteada. Em outras situações similares, a legislação também prevê alguns instrumentos para minimizar a desigualdade processual existente entre as partes, como no direito do consumidor, que também prevê a inversão do ônus probatório em favor do consumidor (artigos 6º, VIII, do CDC), ou na própria Lei Maria da Penha quando prevê a possibilidade da mulher requerer medida protetiva de urgência independente de constituir advogado (artigos 19 e 27 da Lei º 11.340/06), criando uma verdadeira capacidade postulatória em favor da mulher.

Contudo, não basta a igualdade de armas, se os operadores do direito (delegados/as, juízes/as, promotores/as, defensores/as, advogados/as, conciliadores/as) perpetuarem preconceitos de gênero, raça e classe. Por exemplo, não basta ter uma lei destacando o feminicídio[3] (homicídio praticado contra mulheres, baseado em discriminações de gênero) se não há uma investigação especializada para apurar tal crime, que leve em consideração a especificidade dessa violação; bem como se o(a) juiz(a) não leva em consideração a palavra da vítima e a culpabiliza pela própria violência que sofreu. Para evitar tais distorções, foram promulgadas as diretrizes nacionais para investigação dos feminicídios[4], que nada mais é do que uma tentativa de garantir um julgamento livre de preconceitos.

Desse modo, pensando dentro da ordem estatal, é possível concluir o acesso à justiça como um "direito guarda-chuva", do qual se desmembram outros direitos, quais sejam: a) ingresso ao sistema formal do Judiciário; b) garantia de decisões justas e fundamentadas, levando-se em consideração todos os pontos argumentados; c) igualdade de armas e contraditório efetivo; d) atos e decisões livres de preconceitos de gênero, classe e raça; e) estrutura e organização judicial próxima das pessoas; f) ampla publicização e divulgação dos direitos políticos e sociais, a exemplo da "educação em direitos".

Essas são algumas visões do que pode ser chamado de "acesso à justiça", dentro da ordem estatal capitalista. No mundo jurídico (incluindo a Defensoria Pública), a compreensão do significado do "acesso à justiça" está relacionada aos obstáculos apontados pelo consagrado livro "Acesso à Justiça", de Mauro Cappelletti e Bryan Garth.

Segundo esses autores, existiram (e ainda existem) três principais obstáculos à concretização do acesso à justiça: **(i)** econômico e educacional, **(ii)** organizacional/distribuição da justiça e **(iii)** processual/jurisdicional/estrutural. Advieram, em resposta, ondas renovatórias voltadas ao enfrentamento de tais obstáculos. Assim, para o primeiro obstáculo, se estimulou a isenção de custas e emolumentos para o acesso ao Judiciário e o serviço público de assistência jurídica, com dedicação exclusiva, como a Defensoria Pública. Para o segundo, foram criados mecanismos específicos para tutelar os direitos difusos e coletivos, a fim de atender com menor quantidade possível de recursos e de forma mais ampla e uniforme. Para o terceiro, foram criados os meios alternativos de resolução de conflitos, como a arbitragem, conciliação, mediação e os Juizados Especiais Cíveis (popularmente chamados de "juizados de pequenas causas"). É pouco e é insuficiente, mas medidas foram pensadas para atacar tais obstáculos.

No entanto, esses autores "esqueceram" de mencionar os obstáculos de gênero e racial e, até hoje, tais obstáculos, muitas vezes, são "esquecidos" nos estudos de acesso à justiça.

Segundo dados da Ouvidoria da Defensoria Pública[5], 70% das pessoas atendidas pela Defensoria Pública são mulheres. Verifica-se, portanto, que discutir acesso à justiça, sem um recorte de gênero, é negar a realidade e não perceber a necessidade imediata de pensar os obstáculos específicos para as mulheres serem atendidas pelo Judiciário.

Sob essa ótica, vale citar outro documento importante que orienta a autuação da Defensoria Pública: "As 100 regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade"[6]. Segundo esse documento, "a **discriminação que a mulher sofre em determinados âmbitos pressupõe um obstáculo no acesso à justiça**, **que se vê agravado naqueles casos nos quais concorra alguma outra causa de vulnerabilidade**".

No mesmo sentido, o Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres da ONU (CEDAW) fez a recente Recomendação Geral nº 33/2015[7] para destacar os obstáculos específicos impostos às mulheres:

> Na prática, o Comitê observou uma série de **obstáculos e restrições que impedem as mulheres de realizar seu direito de acesso à justiça, com base na igualdade**, incluindo a falta de proteção jurisdicional efetiva dos Estados partes em relação a todas as dimensões do acesso à justiça. Esses obstáculos ocorrem em um contexto estrutural de discriminação e desigualdade, **devido a fatores como estereótipos de gênero, leis discriminatórias, discriminação interseccional ou composta, requisitos,**

> **procedimentos e práticas em matéria probatória,** e à falha em **sistematicamente assegurar que os mecanismos judiciais sejam física, econômica, social e culturalmente acessíveis a todas as mulheres.** Todos esses obstáculos constituem persistentes **violações dos direitos humanos das mulheres**.

Sobre esses obstáculos levantados pelo Comitê CEDAW, no atendimento às mulheres em situação de violência doméstica, destacam-se dois: as exigências em matéria probatória e a falha em garantir que os mecanismos judiciais sejam plenamente acessíveis às mulheres.

Nesse sentido, os movimentos feministas e as profissionais que atendem as mulheres em situação de violência doméstica sempre alertaram que a palavra da mulher é questionada e colocada "à prova" no sistema de justiça, que exige documentos e testemunhas para validar a narrativa trazida por ela. É como se a mulher para merecer qualquer acolhimento do sistema judicial e ter acesso a, por exemplo, medidas protetivas, precisasse comprovar que não está mentindo.

Essa "presunção" contrária à palavra da mulher, além de fragilizar aquela que procura a proteção judicial, também cria requisitos dificílimos às mulheres, tais como: a apresentação de testemunhas para casos de violência doméstica que ocorrem, na maior parte das vezes, "em quatro paredes" e, mesmo quando há testemunhas, essas não querem se envolver; ou nos casos de crimes sexuais, em que para comprovar a materialidade do crime se exige, ou pelo menos se recomenda, que a mulher não tome banho para a realização do exame sexológico.

Da mesma forma, é necessário repensar o atendimento fragmentado às mulheres em situação de violência doméstica, porque dificulta o acesso aos mecanismos judiciais. As mulheres acabam tendo de acompanhar 2 a 3 processos, distribuídos entre 2 a 3 juízes diferentes, assistidas por 2 a 3 defensores(as) diferentes, e para cada um tem que contar sua história mais de uma vez e expor a violência que sofreu. É o que ocorre, por exemplo, quando a mulher tem um processo para medida protetiva, outro para os alimentos dos filhos e mais um para o divórcio.

O artigo 14 da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), pensando na complexidade da violência doméstica e na revitimização das mulheres, estabeleceu que os Juizados de Violência Doméstica possuiriam competência civil e criminal, ou seja, todos os seus problemas judiciais seriam resolvidos no mesmo local. Tal previsão é inovadora e visa adequar o direito processual à realidade concreta das mulheres, a fim diminuir os obstáculos de acesso à justiça. Infelizmente, por resistência dos operadores do direito em seguir a Lei, os Juizados atuam na prática apenas como Varas Criminais, forçando as mulheres a se exporem diversas vezes.

A falta de Juizados híbridos (competência civil e criminal) passa para as Varas de Família a responsabilidade de lidar com casos de violência doméstica, com medidas protetivas deferidas. Contudo, tais varas não possuem profissionais especializados e terminam por negligenciar o histórico de violência doméstica, como se ele dissesse respeito apenas aos Juizados de Violência Doméstica. A mulher, então, fica com seu direito ao acesso à justiça "pela metade", sendo sua voz tolhida muitas vezes.

A Recomendação do Comitê CEDAW aponta outros fatores que dificultam o acesso à justiça às mulheres**:** analfabetismo, tráfico de mulheres, conflito armado, busca de asilo,

deslocamento interno, apatridia, migração, chefia da família pelas mulheres, viuvez, mulheres vivendo com HIV, privação de liberdade, criminalização da prostituição, afastamento geográfico, e estigmatização de mulheres que lutam por seus direitos**.**

No mesmo sentido, o Comitê CEDAW ainda documentou muitos exemplos "do **impacto negativo de formas interseccionais de discriminação** sobre o acesso à justiça, inclusive, **a não efetividade de remédios para grupos específicos de mulheres".**

A avaliação da CEDAW sobre a não efetividade dos remédios oferecidos para a proteção de grupos específicos de mulheres é importante para refletir sobre a proteção das mulheres negras. Segundo o "Mapa da Violência 2015: homicídios de mulheres no Brasil", "em 2013, **morreram assassinadas**, proporcionalmente ao tamanho das respectivas populações, **66,7% mais meninas e mulheres negras do que brancas**"[8].

A partir desse dado, é possível concluir que a proteção oferecida pela Lei Maria da Penha não está conseguindo atingir as mulheres negras. Nesse ponto, os movimentos feministas, entidades e profissionais da rede de acolhimento de mulheres já vêm questionando se a exigência de boletim de ocorrência para a concessão das medidas protetivas não afasta as mulheres negras e pobres.

Para as mulheres negras e periféricas (mas não só), delegacias e policiais estão relacionados com a repressão sofrida nas periferias, com as violências perpetradas contra os jovens negros e não com a proteção. Além disso, muitas vezes, a denúncia para a autoridade policial pode aumentar o risco da mulher, caso o autor da violência tenha envolvimento com o crime organizado, por exemplo.

De tal modo, considerando que a Lei Maria da Penha não vincula as medidas protetivas a nenhum procedimento criminal, a Defensoria Pública, por meio do Núcleo de Defesa da Mulher (NUDEM), com o apoio e estímulo da "Rede Leste de Combate à violência doméstica contra mulher", criou a tese institucional º 117/2016: *"As medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/06 não exigem, para sua concessão e manutenção, a existência de Boletim de Ocorrência, representação criminal ou procedimento criminal"* [9]. Essa tese avança ao atender os anseios das mulheres que, majoritariamente, desejam ser protegidas e não a punição criminal do agressor.

Além desses obstáculos procedimentais, a assistência jurídica integral às mulheres realizada pela Defensoria Pública também possui alguns requisitos.

Na Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a Deliberação[10] do Conselho Superior da Defensoria nº 89/2008 regulamenta os critérios de atendimento da instituição. Ressalta-se que a Defensoria foi criada para atender os hipossuficientes econômicos e, por tal razão, o critério geral para o atendimento de uma pessoa é ela possuir "renda familiar mensal não superior a três salários mínimos".

Contudo, como foi dito acima, existem outros obstáculos, para além da situação econômica, que vulnerabilizam o indivíduo e justificam o atendimento pela Defensoria Pública. Nessa perspectiva, "As 100 regras de Brasília" para o acesso à justiça, já citada, criou um conceito de necessitado jurídico mais amplo:

> pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstancias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Assim, além de aferir o critério econômico, o(a) Defensor(a) Público(a) deve avaliar se estão presentes outros marcadores sociais (gênero, raça/etnia/ orientação sexual, idade) que autorizam a atuação da Defensoria Pública. Para tanto, o(a) Defensor(a), poderá se valer do §15 do artigo 2º da Deliberação nº 89/2008:

> **§ 15** - Os critérios estabelecidos neste artigo **não excluem a aferição da hipossuficiência no caso concreto**, através de manifestação devidamente fundamentada. *(Redação acrescentada pela Deliberação CSDP nº 137, de 25 de setembro de 2009).*

Ainda, tratando-se de mulher em situação de violência doméstica, o (a) Defensor (a) Público (a) deverá avaliar se transitoriamente a mulher não tem acesso aos seus bens, o que justifica a atuação da Defensoria, bem como realizar medidas protetivas de urgência, mesmo que a mulher não atenda o critério de renda, quando a perigo a sua incolumidade física:

> **Art. 2º (...) §16**. O Defensor Público deve verificar, **em cada situação, se há elementos que permitam concluir não ter acesso o usuário, mesmo que transitoriamente, aos recursos financeiros próprios ou da família,** hipótese em que deverá ser prestado o atendimento, **notadamente nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher**, pessoas idosas ou com deficiência e transtorno global de desenvolvimento e outras categorias de pessoas socialmente vulneráveis. (Redação acrescentada pela Deliberação CSDP nº 247, de 23 de março de 2012);
>
> **Art. 2º (...) § 18.** No caso de violência doméstica e familiar contra a mulher, mesmo nas hipóteses de denegação, à mulher vítima de violência doméstica e familiar será prestada orientação sobre os direitos, **adotando-se as medidas de urgência para garantia da incolumidade física.** (Redação dada pela Deliberação CSDP nº 282, de 06 de setembro de 2013).

Além disso, vale ressaltar que a Defensoria Pública também tem tentado atuar na defesa intransigente das mulheres presas, criando inclusive um fluxo de atendimento para as mães encarceradas ("Mães em cárcere"[11]).

Nota-se, portanto, que existem obstáculos específicos que devem ser observados para o acesso à justiça das mulheres, que estão intimamente relacionados à exclusão das mulheres do "contrato social"[12]. Em grande parte, as liberdades públicas e os direitos conquistados pelos homens ainda são negados às mulheres ou são oferecidos "pela metade". Desse modo, é importante desnudar os obstáculos específicos impostos às mulheres para tentar criar condições mais igualitárias e ampliar o acesso à ordem judicial.

Por outro lado, refletir sobre o acesso à justiça na ordem capitalista também demanda reconhecer os limites da institucionalidade e do aparato Estatal. A institucionalidade deve ser vista com críticas e ressalvas, devendo ser utilizada em associação a outras formas de resistência, uma vez que a construção de um verdadeiro acesso à justiça está para além do Judiciário, que se afunda, na maior parte das vezes, nos seus próprios interesses de classe. O acesso à justiça pleno está na construção de uma justiça popular, realizada de forma igualitária por homens e mulheres, onde sejam respeitadas as múltiplas identidades.

[1] Texto decorrente do encontro realizado no dia 14.05.2016, no Curso de Promotoras Legais Populares (organizado pela União de Mulheres de São Paulo), publicado originalmente no sítio eletrônico das Promotoras Legais Populares. Disponível em: http://promotoraslegaispopulares.org.br/acesso-a-justica/, acesso em 14/02/2018.

[2] "A presença das mulheres na luta armada, no Brasil dos anos 1960 e 1970,5 implicava não apenas se insurgir contra a ordem política vigente, mas representou uma profunda transgressão ao que era designado à época como próprio das mulheres. (...) No fim da década de 1980, como saldo positivo de todo esse processo social, político e cultural, deu-se uma significativa alteração da condição da mulher na Constituição Federal de 1988, que extinguiu a tutela masculina na sociedade conjugal." SARTI, Cynthia Andersen. *O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória*. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ref/v12n2/23959.pdf.

[3] Convém dizer que não se está defendendo o aumento de pena capitaneado pela Lei do Feminicídio, mas apenas a alteração que destacou os homicídios realizados contra mulheres, em razão da condição de gênero, como "feminicídios". Ainda que seja conflituoso o uso do direito penal para fins estatísticos ou simbólicos, tem-se que, para o movimento feminista, a possibilidade de noticiar um crime como "feminicídio" politiza o ato delituoso, permitindo discutir as relações desiguais de gênero presente nos feminicídios.

[4] Disponível em: http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/2016/livro-diretrizes-nacionais-femenicidios-versao-web.pdf

[5] Disponível em: http://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/23/Documentos/2013.05_RelatorioPesquisa_FINAL.pdf. Acesso em 23/07/2016.

[6] Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf.

[7] Disponível em: http://monitoramentocedaw.com.br/wp-content/uploads/2013/08/Nova-Recomenda%C3%A7%C3%A3o-Geral-da-Cedaw-2016-N%C2%BA-33-Acesso-%C3%A0-Justi%C3%A7a-CEDAW-C-GC-33-P.pdf

[8] Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf.

[9] Tese de autoria da Defensora Nalida Coelho Monte. Disponível em: http://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=65891&idModulo=9706.

[10] Disponível em: http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=2485.

[11] Disponível em: http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=49534&idModulo=5010

[12] "Como os estudos feministas têm revelado, desde os princípios do liberalismo no século XVII, tanto os direitos políticos quanto os direitos pertencentes à concepção moderna liberal de privacidade e do privado têm sido defendidos como direitos dos indivíduos; mas esses indivíduos foram supostos, e com freqüência explicitamente definidos, como adultos, chefes de família masculinos. Assim, os direitos desses indivíduos a serem livres de intrusão por parte do Estado, ou da igreja, ou da vigilância curiosa de vizinhos, eram também os direitos desses indivíduos a não sofrerem interferência no controle que exerciam sobre os outros membros da sua esfera de vida privada – aqueles que, seja pela idade, sexo ou condição de servidão, eram vistos como legitimamente controlados por eles e tendo sua existência limitada à sua esfera de privacidade. Não há qualquer noção de que esses membros subordinados das famílias devessem ter seus próprios direitos à privacidade". OKIN, Susan Moller. *Gênero, o público e o privado*. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2008000200002

A Educação em Direitos como instrumento concretizador do acesso à justiça das mulheres

Rights Education as a concrete tool for women's access to justice

Lúcia Thomé Reinert
Defensora Pública do Estado de São Paulo.
Mestre em Direito pela PUC/SP.
Coordenadora do Projeto Cidadania e Governança Democrática
em parceria com o Ministério Público Federal
ltreinert@defensoria.sp.gov.br

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a importância da educação em direitos como instrumento concretizador do acesso à justiça das mulheres. Pretende-se analisar como o emponderamento feminino e a capacitação das mulheres pode contribuir para o acesso à justiça e a efetivação dos direitos. Assim, será feito um breve histórico da criação da Defensoria Pública, com menção aos obstáculos existentes para o pleno e integral acesso à justiça, bem como a importância da atuação extrajudicial como mecanismo de acesso à justiça do grupo vulnerável: mulheres.

Palavras-chave: Acesso à Justiça, Educação em Direitos, Mulheres.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the importance of rights education as a concrete instrument for access to justice for women. The aim is to analyze how women's empowerment and empowerment of women can contribute to access to justice and the realization of women's rights. For this reason, a brief history of the creation of the Public Defender's Office will be made mentioning the existing obstacles to full and complete access to justice, as well as the importance of extrajudicial action as a mechanism for access to justice for the vulnerable group: women.

Keywords: *Access to Justice, Rights Education, Women.*

A Defensoria Pública e o Acesso à Justiça

A Defensoria Pública foi constitucionalmente prevista para atuar em favor das pessoas vulneráveis, na promoção, proteção e efetivação de direitos fundamentais a fim de contribuir e efetivar o pleno e integral acesso à justiça.

Sabe-se que não há um conceito unívoco do que venha a ser justiça. De todo modo, o presente artigo tem como objetivo analisar o aspecto da justiça não relacionado ao sistema judiciário propriamente dito. Isto é, não o restringir ao mero acesso ao judiciário e a propositura de ações judiciais. Isto porque, o mero ingresso no judiciário não implica, por si só na efetivação do direito.[1]

Assim, pretende-se demonstrar que a atuação extrajudicial[2] da Defensoria Pública pode propiciar o acesso à justiça em um Estado Democrático de Direito, de modo que a justiça não seja concretizada apenas através do ajuizamento de demandas, mas por intermédio de programas de educação e conscientização de direitos que visem o fortalecimento e o empoderamento da mulher[3].

É importante que se reconheça o papel extrajudicial da Defensoria Pública na salvaguarda de direitos, especialmente naqueles voltados a conscientização de direitos e no empoderamento feminino.[4]

Nesse passo, importante um breve histórico da Defensoria Pública no Brasil, especialmente por se tratar de uma instituição pública recente que vem alcançando reconhecimento nacional e internacionalmente na proteção, promoção e efetivação dos direitos dos vulneráveis.

A primeira Constituição brasileira a conferir status constitucional à assistência judiciária foi a Constituição de 1934. Influenciada pelos movimentos sociais, passou a prever a possibilidade do cidadão obter gratuitamente o acesso à justiça, sem ainda tratar da Defensoria Pública como à instituição incumbida de exercer esse mister.[5]

Nas palavras de Cléber Francisco Alves:

> uma guinada histórica nesse movimento ocorreu em 1934, quando foi promulgada uma nova constituição para o Brasil em cujo texto, pioneiramente no mundo ocidental em patamar constitucional, ficou estabelecido como dever constitucional da União e dos Estados o de prestar assistência judiciária aos necessitados, prevendo-se a criação de órgãos públicos que seriam especificamente encarregados de prestar tal serviço. Assim, a assistência judiciaria deixava de ser um ônus legalmente imposto à classe dos advogados, passando a ser reconhecida como obrigação do poder público.[6]

A Constituição de 1937 foi omissa quanto à atuação da Defensoria Pública, mas tanto o Código de Processo Civil de 1939 quanto o Código de Processo Penal de 1941 trataram da "justiça gratuita" e da figura do "advogado dativo", respectivamente.

A Constituição de 1946, por sua vez, voltou a tratar do tema no artigo 141, §35, com a condição de que o direito à assistência judiciária fosse garantido, na forma da lei, in verbis: *"O*

poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciaria aos necessitados".

A regra repetiu-se na Constituição Federal de 1967, no artigo 150, §32: "*Será concedida assistência judiciaria aos necessitados na forma da lei*". No texto de 1969, a mesma redação foi adotada pelo constituinte, no artigo 153, §32.

Por fim, foi com a Constituição Federal de 1988 a qual foi denominada "Constituição Cidadã" por Ulisses Guimarães em razão da grande participação popular no processo de elaboração, o tema da assistência jurídica ganha nova ênfase e contornos, sendo disciplinada em diversos dispositivos.

A Constituição Federal de 1988 estabelece um modelo público de assistência jurídica prestado pela Defensoria Pública.[7] O modelo constitucional determina que a assistência jurídica- e não apenas judicial — integral e gratuita deve ser prestada pelo Estado aos que comprovarem insuficiência de recursos. [8]

Logo, a atuação da Defensoria Pública, seja judicial ou extrajudicial, não pode ser confundida com uma atuação meramente assistencial, eis que surge como um instrumento essencial para a efetivação dos direitos e não como uma mera vontade deliberada do Estado.

Nota-se que é direito da pessoa ser defendido por um Defensor Público e dever da instituição de prestar um atendimento efetivo que busque a efetivação do direito da pessoa. Logo, a Defensoria Pública deve estar devidamente aparelhada e estruturada para atuar de forma independente e exercer o pleno desempenho das funções constitucionais.

Por conta disso, a Defensoria Pública deve contar com independência funcional, autonomia administrativa e iniciativa de proposta orçamentária (dentro dos limites previstos na lei orçamentária e no disposto no artigo 99, §2º da CF/88).

Observa-se que a Emenda Constitucional n.º 45/2004[9], também denominada Reforma do Judiciário, assegurou essas garantias a Defensoria Pública Estadual, sendo que a Emenda Constitucional 69/2012 e a Emenda Constitucional 74/2013 reconheceram à autonomia para as Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e de Territórios.

O tema da autonomia funcional já foi reconhecido e assegurado pelo Supremo Tribunal Federal em diversos julgados (ADI 4163, ADI 3569, ADI 3965, ADI 4065, etc[10]), especialmente por se revelar de extrema importância para a atuação e independência da Defensoria Pública.[11]

Importante ainda destacar, que a Defensoria Pública sofreu diversas alterações com o advento da Emenda Constitucional 80/14, conhecida no âmbito jurídico como PEC das Comarcas , "PEC das Defensorias" ou "PEC Defensoria para todos". Esta emenda acrescentou o artigo 98 e §§ ao ADCT estabelecendo, entre outras regras, que o número de Defensores Públicos, na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

A Emenda Constitucional n.º 80/14 reafirma a importância da Defensoria Pública e prevê seção própria a instituição (Seção IV), no Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal de 1988, qual seja "Das funções essenciais à Justiça", constitucionalizou o artigo 1º da

Lei Complementar 80/94, já com a alteração introduzida pela Lei Complementar 132/09, bem como os princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional, como estabeleceu uma proporção de defensores públicos comparado à efetiva demanda e a respectiva população. Por fim, fixou um prazo legal de 8 anos, para que a União, Distrito Federal e Estados tenham defensores públicos em todas as comarcas.

Deste modo, a Defensoria Pública deixou de ser de ser uma instituição essencial à justiça para se transformar numa instituição essencial ao regime democrático e, portanto, de suma importância para o real acesso à justiça.

Nas palavras do Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI-RJ, 3643-2, perante o Supremo Tribunal Federal:

> A defensoria pública é o instrumento jurídico-institucional concebido pelo Estado Brasileiro para permitir que as promessas constitucionais, notadamente em tema de direitos civis, econômicos e sociais, não se tornem proclamações retóricas, vãs e inconsequentes.[12]

Afirma-se, portanto, que quando se fala em acesso à justiça por intermédio da atuação extrajudicial da Defensoria Pública busca-se a opção por um modelo efetivo e transformador da sociedade, que fundada na dignidade da pessoa humana e na cidadania, propicie a efetivação dos direitos, construindo uma sociedade mais livre, justa e solidária, independentemente da propositura de demandas judiciais.

A Defensoria instala-se como o instrumento facilitador do acesso, de instituição imbuída com o *mister* de promover acesso aos desemparados e de contribuir com empoderamento e fortalecimento das pessoas para lutarem para uma sociedade mais justa e igualitária, *in verbis:*

> carência de meios econômicos dificulta o acesso à educação, ao emprego, à obtenção de dignas condições de moradia, terminando por minar a confiança do ser humano em si mesmo, reduzindo-lhe a auto-estima e confinando ao círculo vicioso da pobreza e da ignorância. **O desconhecimento dos direitos** a que tem jus, ou os meios de auferi-los, cega o homem, levando-o a caminhar cabisbaixo e inseguro, temeroso de tropeçar e cair.Eis que se fez a luz com o surgimento da Defensoria Pública no Brasil. Ciente de que a mera previsão não garante a efetividade do direito, o legislador constitucional inseriu a Defensoria Pública, ao lado do Ministério Público, da advocacia pública e privada, no capítulo das funções essenciais à Justiça, estabelecendo os parâmetros distintivos do cargo e as atribuições que lhe são imanentes.[13](grifos nossos)

Nesse cenário a educação em direitos surge como um mecanismo efetivo para propiciar o empoderamento dos cidadãos e permitir a efetivação de direitos o pleno e integral acesso à justiça independentemente da propositura de demandas judiciais.

O grupo vulnerável: as mulheres

Os artigos 5º, LXXIV14 e artigo 134 da CF/88 estabelecem que são usuários da Defensoria Pública aquelas pessoas que por insuficiência de recursos tenham necessidade de acessar a justiça.[15]

Nota-se, pela simples leitura do texto constitucional, que não há uma definição unívoca da expressão constitucional de assistência "integral" a ser prestada pela Defensoria Pública.

Porém, ainda que se pretenda defender pela interpretação ampliativa, que possibilita a atuação da Defensoria Pública, em todos os graus de jurisdição, seja no âmbito individual ou coletivo, a assistência jurídica integral e gratuita não é um serviço universal que será prestado gratuitamente a todas as pessoas.

De fato, a assistência jurídica é um direito constitucional assegurado aos que comprovarem a "insuficiência de recursos". Porém, a Constituição Federal deixou de definir o que seria "insuficiência", nem mesmo precisou quais seriam os "recursos". Deste modo, defende-se que não houve interesse constitucional em restringir a atuação da Defensoria apenas em favor dos economicamente hipossuficientes, eis que a expressão "insuficiência de recursos" e "necessidades" (artigos 134 e 5º, LXXIV da Constituição Federal de 1988) bem como a designação legal de "hipossuficiência" (artigo 4º, VII, da Lei Complementar 80/94) não podem ser interpretadas restritivamente à dimensão econômica.

Em outras palavras, entende-se que a Defensoria Pública pode atuar em favor de grupos vulneráveis, nele compreendido as mulheres, sejam elas idosas, com deficiência, em violência doméstica, ou em qualquer outra situação de vulnerabilidade. Defende-se, ademais, que as hipóteses não seguem um rol taxativo, caso contrário, a Defensoria Pública estaria se afastando da missão constitucional de propiciar o pleno e integral acesso à justiça de todos aqueles em situação de vulnerabilidade.

De acordo com o I Relatório Nacional de Atuação em Prol de Pessoas e/ou Grupos em condição de vulnerabilidade, organizado por Glauce Franco e Patricia Magno, publicado em 2015 pelo Fórum Justiça e pela Associação Nacional dos Defensores Públicos- ANADEP:

> A Defensoria Pública não é um fim em si mesma. Existe para garantir direitos aos "necessitados" que comprovarem "insuficiência de recursos" (artigo 134 e 5o, LXXIV da CF), e a Constituição Federal em momento algum restringiu este público àquele com dificuldades para obtenção de recursos financeiros para fazer frente às despesas com sua subsistência- embora este seja, por excelência, o destinatário primeiro da nossa atuação.[16]

É esse, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> (...) expressão "necessitados" deve ser interpretada de maneira mais ampla, não se restringindo, exclusivamente, às pessoas economicamente hipossuficientes, que não possuem recursos para litigar em juízo sem prejuízo do sustento pessoal e familiar, mas sim a todos os socialmente vulneráveis[17]

A "Carta de Porto Alegre" documento criado pelas Defensorias Públicas após o VIII Congresso Nacional dos Defensores Públicos menciona que os critérios de atendimento devem respeitar as peculiaridades de cada ente da federação para analisar as situações de

vulnerabilidades das partes, porém, não poderão ficar adstritos unicamente à renda dos usuários.[18]

O I Relatório Nacional de Atuação em Prol de Pessoas e/ou Grupos em Condição de Vulnerabilidade afirma que o que se sustenta é que a Defensoria Pública tem como foco de atuação institucional prioritária as pessoas em situação de pobreza. Porém não apenas os economicamente pobres, eis que a vulnerabilidade pode ou não ter como causa isolada a pobreza.[19]

As "100 Regras de Brasília" [20]estabelece um rol exemplificativo de vulneráveis, nele compreendidos todas aquelas vítimas de descriminação racial, mulheres, crianças, presos, etc.[21]

Logo, facilmente perceptível que no entendimento consensual das Corte Ibero-Americanas, o conceito de hipossuficiência não se restringe ao viés econômico. Assim, a pobreza é apenas uma das causas de vulnerabilidade, porém não a única.[22]

Observa-se que as 100 Regras de Brasília foram difundidas pelos países envolvidos, de modo que o MERCOSUL, por meio da Recomendação MERCOSUR/CMC 01/12 sobre "Defensa Pública Oficial Autónoma e Independiente como garantía de acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad" (XLIII CMC – Mendoza, 29/VI/12), no artigo 2º determina que cabe a Defensoria Pública:

> fomentar "la cooperación entre las Defensorías Publicas Oficiales a fin de promover la adopción de medidas de protección de las personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad para ejercer con plenitud los derechos reconocidos por los ordenamientos jurídicos. [23]

Diante desse cenário, verifica-se que a Defensoria Pública atua em favor de diferentes grupos vulneráveis, sendo as mulheres um dos importantes grupos de atuação.

A Educação em Direitos como prática efetiva do acesso à justiça das mulheres

Como mencionado, a necessidade de uma atuação mais efetiva e positiva do Estado está intimamente ligada com o Estado Democrático de Direito, eis que a simples inclusão do acesso à justiça no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988) não é suficiente para assegurar a efetividade da justiça[24]

Necessário, portanto, mecanismos que possibilitem o acesso à justiça, O mero ajuizamento de demandas judiciais também não assegura o pleno acesso à justiça. A Resolução da OEA, AG/RES.2656 (XLI-0/11), no âmbito internacional, destaca que o acesso à Justiça não se esgota com o ingresso das pessoas na instância judicial.[25]

Porém o que impede que o acesso à Justiça seja igual para todos? O que torna o judiciário tão distante da população brasileira?

Na obra clássica "Acesso à Justiça" de Mauro Cappelletti e Bryant Garth [26]foram identificados três obstáculos para o efetivo acesso, bem como criados mecanismos para solucioná-los: as denominadas "ondas renovatórias"

Em relação a um dos obstáculos, constatamos o desconhecimento da existência dos direitos e os mecanismos de proteção e salvaguarda. Isto porque, em razão da grave desigualdade econômica e social, o analfabetismo, a pobreza e diversos fatores de exclusão social, as pessoas são carecedoras de conhecimentos jurídicos básicos o que as afasta ainda mais do Judiciário. [27]

Do ponto de vista social e cultural, Boaventura de Souza Santos afirma que quanto mais baixo é o estrato social, maior é a probabilidade que desconheçam os direitos. E mais, ainda que possam ter consciência de seus direitos, os socialmente desfavorecidos hesitam mais em procurar a solução dos conflitos, seja por insegurança e temor de represálias.

Logo, essas pessoas desprovidas de informação muitas vezes nem percebem a violação de direitos, pois desconhecem quais são os direitos que possuem.[28]

Dessa forma, para Boaventura de Souza Santos a discriminação social no acesso à justiça é complexa, pois além de fatores econômicos, há condicionantes sociais e culturais envolvidas.[29]

Nessa seara, a Defensoria Pública por buscar pela[30] primazia da Dignidade Humana, a afirmação do Estado Democrático de Direito e a prevalência e efetividade dos direitos, representa muito mais do que a instituição pública essencial à função jurisdicional e sim a instituição pública constitucionalmente prevista para assegurar a inclusão social, a redução das desigualdades sociais e a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Em razão disso, imperiosa a atuação extrajudicial da Defensoria Pública na capacitação do cidadão e no empoderamento da mulher.

O empoderamento da mulher e o fortalecimento do exercício da cidadania

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a cidadania como fundamento da República reforça o caráter democrático do Estado Brasileiro que visa por meio da participação popular um papel ativo do cidadão na luta pela efetivação dos direitos. Esse viés participativo permite uma postura mais crítica o que contribui para a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Observa-se que a Constituição Federal assegura o direito à educação como fomentador do próprio exercício de cidadania e de integração da pessoa em sociedade.[31] Além disso, a cidadania é inserida na ordem social, como se vê no artigo 205[32] da Constituição Cidadã de 1988. Logo, a cidadania em conjunto com a soberania popular e a dignidade da pessoa humana propiciam uma atuação mais ativa do cidadão.[33]

Em sede constitucional, a Defensoria Pública foi a instituição prevista para a efetivação dos direitos dos vulneráveis, logo se a Defensoria Pública tem o papel de concretizar os

objetivos da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, faz-se imprescindível que a população seja informada dos seus direitos, inclusive para que conscientes dos direitos possa buscar a implementação dos direitos. [34]

O conhecimento dos direitos e o empoderamento contribuem para que as pessoas se sintam cidadãs, que sejam responsáveis pelas escolhas e que atuem como um ser social, um ator de mudança na sociedade.[35]

Logo, se a Educação em direitos é uma modalidade de educação popular que visa, por meio de um movimento psicológico e social contribuir para o acesso à Justiça, a mesma dever ser reconhecida como direito social fundamental, eis que o direito à educação está expressamente previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. [36]

No plano internacional,[37] podemos observar que em 23 de março de 2011, o Conselho de Direitos Humanos aprovou a Declaração das Nações Unidas sobre educação e formação em matéria de direitos humanos através da Resolução 16/1[38] que disciplina sobre atividades educativas voltadas para a promoção dos direitos humanos, nela também compreendida também a educação popular.[39]

Em diversos dispositivos foi reconhecido o acesso à educação como essencial para a promoção e efetivação dos direitos, bem como essencial para ser garantido o empoderamento e o exercício de todos, sem qualquer forma de discriminação.

A educação em direitos, partindo das lições da pedagoga Vera Candau[40], tem como pretensão[41]:

> i)Formação de Sujeito de Direito: a maior parte dos cidadãos desconhecem e tem consciência dos direitos que lhe são conferidos. Acreditam ainda que os direitos são distintos para determinados políticos ou governos.
>
> ii) Favorecer o processo de empoderamento: aqui o foco na educação em direitos busca fortalecer parte da sociedade que foi excluída e que tiveram menos poder de participação na sociedade.
>
> iii) Processo de Transformação Necessários para construir uma nova sociedade, concretizar a democracia e os objetivos constitucionais de uma sociedade mais livre, justa e solidária. "Educar para o nunca mais", romper com a impunidade, assegurar a todos os direitos.

Deste modo, pode-se afirmar que a Defensoria Pública pretende com a educação em direitos, nela compreendida diversos projetos próprios de educação em direitos, permitir que o cidadão não seja defendido apenas pela Defensoria Pública, mas que aprenda a se defender com (através da) Defensoria.

Com a compreensão dos direitos e dos meios e mecanismos de acesso, as mulheres poderão promover transformações na sociedade, colaborando para a construção de uma sociedade mais justa e cidadã.

Das considerações finais

A Defensoria Pública foi a instituição pública constitucionalmente prevista para a assegurar a promoção, proteção e efetivação da parcela da população considerada vulnerável. O texto constitucional não restringiu o alcance da interpretação, de modo que não cabe ao intérprete o reducionismo. Logo, a Defensoria Pública pode atuar em favor das mulheres em diversas situações de vulnerabilidade. Deste modo, como a Defensoria deve zelar pelo pleno e integral acesso à justiça e buscar mecanismos para efetivação, eis que destinada a prestar assistência jurídica, integral e gratuita, a Defensoria Pública deve atuar extrajudicialmente em favor das mulheres.

A atuação extrajudicial não afasta a atuação judicial, porém contribuiu para o empoderamento e fortalecimento das mulheres. De modo que quanto mais conhecedores dos direitos poderão contribuir para mudanças efetivas na sociedade.

Ademais, a Defensoria Pública tem como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Logo, se a Defensoria é uma manifestação da democracia, a atuação extrajudicial da Defensoria Pública, por meio da educação em direitos deve ser reconhecida como instrumento de acesso à direitos e essencial para o pleno e integral acesso à justiça das mulheres, eis que o mero ingresso no judiciário, por muitas vezes, não é suficiente para assegurar a efetividade da justiça.

Assim, importante que se reconheça o papel extrajudicial da Defensoria Pública na efetivação dos direitos das mulheres e o fortalecimento da instituição para que ela possa exercer com independência o papel constitucionalmente previsto: promoção, proteção e efetivação de direitos dos grupos vulneráveis.

Referências

ALVES. Cléber Francisco. *Justiça para todos!, assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006

ARMELIM, Donaldo. *Acesso à Justiça*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo: São Paulo, n.31, p.181, jun. 1999

BRASIL, Manual de Mediação para a Defensoria Pública. Brasília-DF. Fundação Universidade de Brasília/FUB 2014

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1988

CANDAU, Vera. Educação em Direitos Humanos: questões pedagógicas, in: Educação e metodologia para os direitos humanos. Coord. Eduardo Bittar, *Quartier Latin*: São Paulo, 2008

CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, 2004, p. 110

DE VITTO, Renato Campos Pinto ; CASTRO, André Luis Machado. A Defensoria Pública como instrumento de Consolidação da Democracia. Disponível em http://www.apadep.org.br/artigos/a-defensoria-publica-como-instrumento-de-consolidacao-da-democracia/

FONTAINHA, Fernando de Castro. Acesso à Justiça: da contribuição de Mauro Cappelletti à realidade brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

Kazuo Watanabe é o "acesso à uma ordem jurídica justa". WATANABE, Kazuo. Acesso À Justiça e sociedade moderna. In:Grinover, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coords.) Participação e Proceso. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

MORALES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à justiça e princípio da igualdade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*.5.ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007

I Relatório Nacional de Atuação em Prol de Pessoas e/ou Grupos em condição de vulnerabilidade. Org. Glauce Franco, Patrícia Magno. Brasília: ANADEP, 2015

REINERT, Lúcia Thomé. Dissertação apresentada no Mestrado em Direito Constitucional da PUC/SP, "Defensoria Publica do Estado de Sao Paulo : Promoção da Cidadania e Participação democratica.". Orientadora Flávia Piovesan. 2016.

REIS, Gustavo Augusto Soares dos. *Educação em Direitos e Defensoria Pública: Reflexões a partir da Lei Complementar 132/09* in Boletim da Defensoria Pública, n.3 jul/dez 2011, p.112/113.

ROCHA. Amelia Soares da. *Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. Revista de Processo, São Paulo, n.37, jan-mar, 1985.

[1] Nas palavras de Kazuo Watanabe é o "*acesso à uma ordem jurídica justa*". WATANABE, Kazuo. Acesso À Justiça e sociedade moderna. In:Grinover, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coords.) Participação e Proceso. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.128

[2] E esse acesso à Justiça, nem sempre estará vinculado a questões processuais, pois o acesso à informação, a conscientização de direitos e a orientação jurídica, bem como o acesso a todos os mecanismos alternativos das resoluções dos conflitos (mediações, conciliações, arbitragem, etc.) compõem o acesso à Justiça. Nas palavras de Renato Campos Pinto de Vitto e André Luis Machado Castro: " *A tendência de adoção dos meios alternativos de resolução dos conflitos deve ser tido como um complemento ao sistema formal de justiça e não de substituição sob pena de precarização do serviço e*

consagração da máxima de que as "portas dos tribunais estão fechadas para os pobres" DE VITTO, Renato Campos Pinto ; CASTRO, André Luis Machado. A Defensoria Pública como instrumento de Consolidação da Democracia. Disponível em http://www.apadep.org.br/artigos/a-defensoria-publica-como-instrumento-de-consolidacao-da-democracia/ p. 5. Último acesso em 08.09.2017

[3] De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso[3] é preciso "*dessacralizar o acesso à justiça*", entendendo que nem todo conflito deve ser resolvido pelo Poder Judiciário e que devem ser estabelecidos "*equivalentes jurisdicionais*" como as formas alternativas de solução de conflitos. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.62

[4] De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso[4] é preciso "*dessacralizar o acesso à justiça*", entendendo que nem todo conflito deve ser resolvido pelo Poder Judiciário e que devem ser estabelecidos "*equivalentes jurisdicionais*" como as formas alternativas de solução de conflitos. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.62

[5] "*Artigo 113- a Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no Brasil a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, á subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes (...) 32) a União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos*"

[6] ALVES. Cléber Francisco. Justiça para todos!, assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p.242.

[7] A Constituição da República Federativa do Brasil prevê no "*Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.)".*

[8] A Constituição da República Federativa do Brasil prevê no artigo 5º, inciso LXXIV – "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

[9]A Emenda 45/2004 passou a reforçar o caráter democrático da Defensoria Pública Estadual e a função de instrumento de democratização do acesso à justiça. É nesse sentido que a Ministra Carmen Lúcia se manifestou no julgamento da ADI 3965 perante o Supremo Tribunal Federal, *in verbis:* "*A emenda constitucional 45/2004 garantiu autonomia funcional e administrativa das defensorias estaduais, porque consideradas um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, não podendo, por isso, subordinar-se a órgão específico do Poder Executivo".* Íntegra do acórdão disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1871030

último acesso em 04.09.2017.

[10] ADI 4163 - proposta pelo Ministério Público Federal, teve por Relator o Ministro Cezar Peluso. No julgamento, qual seja, 29 de fevereiro de 2012, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do convênio com a OAB/SP. Foi priorizado que o "valor da Defensoria Pública está ligado à importância da efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros". Além disso, o convênio é extremamente oneroso para os cofres da Defensoria Pública e é uma forma paliativa de atendimento, enquanto a Defensoria não estiver devidamente estruturada e aparelhada para prestar exclusivamente a assistência jurídica integral e gratuita. Cumpre ainda mencionar que há inconstitucionalidade formal, eis que as regras relacionadas a Defensoria Pública devem ser feitas por meio de Lei Complementar, bem como material, eis que a autonomia da Defensoria Pública foi violada ao se exigir a obrigatoriedade do convênio.

ADI 3569- Reconheceu a inconstitucionalidade de vinculação da Defensoria à Secretaria de Estado (Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 2.4.2007. No mesmo sentido, RE 599.620- AgR, Rel. Ministro Eros Grau, j. 27.10.200, 2ª Turma, DJE, 20.11.2009)

ADI 3965- oriunda de Minas Gerais, sob relatoria da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, que questionava normas do Estado de Minas Gerais (Leis Delegadas Estaduais 112 e 117/2007) que subordinavam a Defensoria Pública ao Poder Executivo Estadual. No voto a Ministra afirmou "a Defensoria Pública, qualificando-a como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo

5º, LXXIV (artigo 134, caput, da Constituição da República) constitucionalizou-se também a carreira do Defensor Público".

ADI 4056- de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que no trecho do voto afirmou que a Emenda 45/2004 "buscou incrementar a capacidade de autogoverno da Defensoria Pública, assegurando-lhe, ao lado da autonomia funcional e administrativa, a financeira, conforme decorre de menções expressas feitas pelo texto magno à iniciativa para elaboração de sua proposta orçamentaria".

[11] Vale destacar ainda que tramita perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 5296, ajuizada pela Presidente da República contra a Emenda Constitucional n.º 74/2013, que estendeu às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal autonomia funcional e administrativa conferida às Defensorias Públicas estaduais na emenda à Constituição n.º 45/2004.

[12] Íntegra disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=406334 último acesso em 16.12.15.

[13] Trecho do discurso do Ministro Marco Aurélio de Melo, na posse da Defensora Pública Geral de São Paulo, Daniela Sollberger Cembranelli, disponível em http://www.conjur.com.br/2010-jun-24/discurso-posse-daniela-cembranelli-agradece-antecessora

[14] A Constituição Federal de 1988 prevê no artigo 5º, LXXIV " *O Estado prestará assistência jurídica* integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Logo, eleva a assistência jurídica como direito individual fundamental.

15 É nessa esteira que a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública se estabelece "a assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública" e que "o exercício de cargo de defensor público é indelegável e privativo e membro da carreira", conforme artigos 4º, §5º e §10º da Lei Complementar 80/94, respectivamente.

[16] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código civil comentado.5.ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007, p.176

[17] Trecho da decisão do STJ no julgamento do ARESP 50212, do Ministro Herman Benjamin, do dia 24.10.2011. Agravo em Recurso Especial n. 50.212-RS (2011/0135599-5). Nesse sentido o entendimento de Ada Pellegrini Grinover:*" A exegese do texto constitucional, que adota um conceito jurídico indeterminado, autoriza o entendimento de que o termo necessitados abrange não apenas os economicamente necessitados, mas também os necessitados do ponto de vista organizacional, ou seja, os socialmente vulneráveis" (*Parecer da Ada Pellegrini Grinover, juntado no julgamento da ADI 3943. Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/542_ADI3943_pareceradapellegrini.pdf p. 13.) Nas palavras de Amélia Soares da Rocha: "*o necessitado de justiça é, pois, quem, por sua condição de vulnerabilidade, não tem acesso aos recursos necessários à sua defesa. A missão constitucional da Defensoria Pública é garantir o acesso à justiça aos necessitados, assim compreendidos como aqueles que por circunstancias sociais, econômicas, sexuais, étnicas, e/ou culturais, não tem acesso aos recursos para exercitar com efetividade os seus direitos"(* ROCHA. Amelia Soares da. Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento. São Paulo: Atlas, 2013, p. 84)

[18] Disponível em "Carta de Porto Alegre", documento formulado pelos Defensores Públicos brasileiros, das delegações dos Estados do Acre, Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, São Paulo, Sergipe, Tocantins, do Distrito Federal e da União, bem como as representações das Defensorias Públicas da Argentina, Chile, Paraguai e Uruguai, e os representantes da sociedade civil organizada e de entidades civis dos Estados de Santa Catarina e Goiás, da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, e acadêmicos de Direito, reunidos na capital do Estado do Rio Grande do Sul, durante a realização do VIII Congresso Nacional de Defensores Públicos, no período de 03 de novembro a 06 de novembro de 2009,em conjunto com as Defensorias Públicas representadas no VIII Congresso Nacional de Defensores Públicos, realizado entre os dias 3 a 6 de Novembro de 2009 na cidade de Porto Alegre/RS, disponível em http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/10079/CARTA_DE_PORTO_ALEGRE__FINAL_.pdf último acesso em 04.09.2017..

[19] I Relatório Nacional de Atuação em Prol de Pessoas e/ou Grupos em condição de vulnerabilidade. Org. Glauce Franco, Patrícia Magno. Brasília: ANADEP, 2015, p.11. Nota-se que a questão da vulnerabilidade já foi analisada implicitamente pela Corte Interamericana, qual seja pela função consultiva, por meio da Opinião Consultiva 18/03, de 17 de Setembro de 2003, que trata dos Direitos dos

Imigrantes: "Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.113. Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra. Disponível na íntegra em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0CDMQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.corteidh.or.cr%2Fdocs%2Fopiniones%2Fseriea_18_esp.doc&ei=bjXAVOzyL8LEggTvzICoAw&usg=AFQjCNHx1Iy8_3mqbEt4NJ0yU-HlA2q1LQ&bvm=bv.84116906,bs.1,d.eXY (p. 119 e 120, último acesso em 12.12.2017)

[20] As " 100 Regras de Brasília" é um documento aprovado na XIV Cúpula Judicial Iberoamericana, realizada em Brasília, em 2008, com a participação de Cortes Superiores de Justiça dos Países Iberoamericanos , Associação Iberoamericana de Ministérios Públicos (AIAMP), Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEF), Federação Iberoamericana de Ombudsman (FIO) e União Iberoamericana de Colégios de Advogados (UIBA). A Cumbre Judicial Iberoamericana, por sua vez, é uma articulação das instâncias máximas do poder judiciário da região ibero-americana. Reúne os presidentes dos Tribunais e Cortes Superiores de Justiça e dos Conselhos de Magistratura dos países ibero-americanos e tem por um dos objetivos promover o desenvolvimento de políticas que tendam a facilitar o acesso à justiça. Além disso, tem como principal destinatário os poderes públicos, os servidores e todos os operadores do sistema de justiça, para que possam propiciar as pessoas vulneráveis um tratamento adequado. informações extraídas de http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/cumbre-judicial-iberoamericana Último Acesso em 05.09.2017

[21] www.anadef.org.br/.../638-seminario-analise-das-100-regras-de-brasilia. Acesso em 28.11.2014. Importante ainda constatar que foi o modelo da Defensoria Pública Bandeirante, fundada na participação popular que contribuiu para a criação do Fórum Justiça. Vejamos: "A partir da boa prática implementada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o Fórum tem estimulado a discussão de mecanismos democráticos como as conferências públicas, ouvidorias externas e outras formas adequadas a transpor as demandas populares para o patamar da política judicial. Busca-se levantar e problematizar experiências dessa natureza no Brasil, observando, ainda, práticas similares implementadas em países ibero-americanos". Disponível em http://www.anadep.org.br/wtksite/LIVRO_ID6.pdf , p.836, último acesso em 04.09.2017.

[22]BRASIL, Manual de Mediação para a Defensoria Pública. Brasília-DF. Fundação Universidade de Brasília/FUB 2014, p. 39.

[23] http://www.mpd.gov.ar/noticia/index/noticia/reunion-especializada-de-defensores-publicos-oficiales-del-mercosur-redpo-438 Acesso em 07.09.2017.

[24] MORALES, Luciana Camponez Pereira. Acesso à justiça e princípio da igualdade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p.52.

[25] Disponível em http://www.aidef.org/wtksite/cms/conteudo/247/AG_RES_2656_pt.pdf último acesso em 15.04.2015.

[26] CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1988

[27] No entender de Donaldo Armelim " *em certas regiões do país o acesso à justiça não chega sequer a ser reclamado por desconhecimento de direitos individuais ou coletivos"* ARMELIM, Donaldo. Acesso à Justiça. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo: São Paulo, n.31, p.181, jun. 1999.

[28] Nesse sentido, manifesta-se Fernando de Castro Fontainha: "*é lamentável que, de um lado, a ignorância sistemática afaste tantas pessoas deste mundo construído do direito, e, de outro, este próprio mundo seja construído sobre lógica alheia à realidade da vida social mantendo tal afastamento sustentado por dois vetores de direções opostas (...) o que faz o cidadão carente de justiça teme-la ainda mais e sentir-se verdadeiro corpo estranho ao seu metabolismo social*"[28] FONTAINHA, Fernando de Castro. Acesso à Justiça: da contribuição de Mauro Cappelletti à realidade brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.43

[29] SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. Revista de Processo, São Paulo, n.37, jan-mar, 1985.

[30] Artigo 3º-A ,da Lei Complementar n.º 80/94, in verbis: "*Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública: (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).II – a afirmação do Estado Democrático de Direito; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009)".* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm último acesso em 15.12.15.

[31] Em 12 de Novembro de 1997, a Corte Interamericana de Direitos, no Caso Rafael Iván Suárez Rosero versus Equador entendeu, entre outras violações, que o artigo 8ª da Convenção Americana de Direitos Humanos teria sido violado, eis que Suárez não foi avisado do direito de ter acesso a um defensor pago pelo Estado, como também não teve acesso a ele. A sentença na íntegra está disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf. Nota-se que a questão de fundo foi o desconhecimento do direito, o que está intimamente ligado com o papel da Defensoria Pública de educação em direitos, eis que não basta o Estado disponibilizar o serviço, mas informar a todos da existência deste direito.

[32] Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho

[33] Nos dizeres de Gisele Cittadino: *"Uma cidadania ativa não pode, portanto, supor a ausência de uma vinculação normativa entre o Estado de Direito e democracia. Ao contrário, quando os cidadãos veem a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica" (*CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia. Revista da Faculdade de Direito de Campos, 2004, p. 110.)

[34] Nas palavras de Gustavo Reis "*Na verdade a Defensoria Pública, por ser uma instituição nova no Brasil e na América Latina, talvez seja uma das pioneiras a consagrar normativamente a educação em direitos como uma atividade inerente ao ideal de justiça social*" [34] REIS, Gustavo Augusto Soares dos. Educação em Direitos e Defensoria Pública: Reflexões a partir da Lei Complementar 132/09 in Boletim da Defensoria Pública, n.3 jul/dez 2011, p.112/113.

[35] De acordo com Guilherme de Almeida, ao citar Maurits Barendrecht e Maaike de Langen: " *A proteção das pessoas e das suas propriedades é o primeiro passo para qualquer espécie de desenvolvimento, e por esse motivo o empoderamento legal começa com a proteção do que as pessoas possuem. Então o empoderamento legal foca no direito não somente como um meio de proteção, mas também como um meio de criar oportunidades. Acesso à justiça a partir dessa perspectiva implica igual acesso para remédios contra injustiças sofridas – proteção – mas também igual acesso à participação na sociedade e na economia – oportunidade*" BARENDRECHT, Maurits e DE LANGEN, Maaike. Legal empowerment of the Poor: Innovating Access to Justice. In: JORRIT DE JONG and GOWHER RIZVI, The State Of Access. Success and Failure of Democracies to Create Equal Opportunities. Ash Institute For Democratic Governance and Innovation Harvard University/ Brookings Institution Press, Washington DC, 2008, pp.250 a 271, p. 263. É interessante a leitura de ALMEIDA, Guilherme de. Acesso à justiça, direitos humanos e novas esferas da justiça. Contemporânea in Revista de Sociologia da UFSCar, v. 2, p. 83-102, 2012, disponível em http://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/viewFile/61/34 último acesso em 05.09.2017.

[36] Além disso, de acordo com o texto constitucional, no artigo 205, a Educação deve ser *"promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".*

[37] No plano interamericano foi aprovada pelo Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral a Resolução 2119 (XXXV-o/5) que trata da promoção e fortalecimento da democracia a partir da Educação em Direitos, por meio do estabelecimento de diretrizes para elaboração de um programa interamericano sobre educação para os valores e práticas democráticas.

[38]O Conselho de Direitos Humanos recomendou à Assembleia Geral que adotasse a referida Declaração, o que ocorreu por meio da Resolução 66/137 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 2011.

[39] O artigo 1º da referida Declaração bem sintetiza o espírito da Declaração ao estabelecer que toda pessoa tem o direito de obter, buscar e receber informação sobre todos os direitos humanos e liberdades fundamentais e de ter acesso à educação e formação em matéria de direitos humanos, pois são essenciais para a promoção do respeito universal e efetivo de todos os direitos humanos, em conformidade com os princípios da universalidade, indivisibilidade e interdependência. A Declaração considera que educação e formação em matéria de direitos humanos significam o conjunto de atividades educativas, de formação, de informação, de sensibilização e de aprendizagem que têm por objetivo promover o respeito universal pelos direitos humanos e que engloba atividades de educação sobre os direitos humanos, educação através dos direitos humanos e educação para os direitos humanos (artigo 2º). De acordo com a Declaração, a educação em direitos humanos pretende garantir empoderamento, desenvolvimento e permitir o exercício de todos, sem discriminação, a todos os direitos (artigo 5º). Disponível em http://daccess-dds ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/467/07/PDF/N1146707.pdf?OpenElement último acesso em 05.09.2017.

[40] CANDAU, Vera. Educação em Direitos Humanos: questões pedagógicas, in: Educação e metodologia para os direitos humanos. Coord. Eduardo Bittar, *Quartier Latin*: São Paulo, 2008, p. 289/290.

[41] REIS, Gustavo Augusto Soares dos. Educação em Direitos e Defensoria Pública: Reflexões a partir da Lei Complementar 132/09 in Boletim da Defensoria Pública, n.3 jul/dez 2011, p. 136.

A dispensabilidade da audiência de conciliação em casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher

Dispensability of conciliation hearing in cases involving domestic gender based violence

Jordana de Matos Nunes Rolim
Defensora Pública do Estado de São Paulo
jmrolim@defensoria.sp.def.br

Resumo

O presente artigo aborda a peculiaridade dos casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher e a consequente necessidade de flexibilização da regra processual que prevê a designação de audiência prévia de conciliação, nos casos em que a mulher expressamente tenha pleiteado sua não designação ou seu cancelamento. O prestígio aos meios alternativos de solução de litígios, uma das principais tônicas do Código de Processo Civil de 2015, deve ser sopesado com os princípios da isonomia, da dignidade humana e da autonomia da vontade, sob pena de perpetuar desigualdades e caminhar em sentido contrário a seu objetivo inicial de contribuir para um processo justo e autocompositivo.

Palavras-chave: Dispensabilidade. Audiência de conciliação. Violência doméstica.

Abstract

This article addresses the peculiarity of cases involving domestic gender based violence and the consequent need to relax the procedural rule that provides for the appointment of a prior conciliation hearing, in cases in which the woman expressly pleaded not to designate or cancel her. The prestige of alternative means of litigation, one of the main tones of the Code of Civil Procedure of 2015, should be weighed against the principles of isonomy, human dignity and autonomy of the will, under penalty of perpetuating inequalities and moving in the opposite direction to its initial objective of contributing to a fair and self-sufficient process.

Keywords: *Dispensability. Conciliation hearing. Domestic violence.*

O estímulo aos meios alternativos de solução de conflitos, notadamente a conciliação e a mediação, é uma das principais tônicas que norteiam o CPC/15, em sua busca pela simplificação do processo e pela criação de uma cultura de pacificação social.

Uma das demonstrações dessa tendência é a previsão, no procedimento comum, de uma audiência de conciliação ou mediação antes da resposta do réu, a ser designada pelo juízo ao receber a petição inicial, como preleciona o artigo 334, *caput*, do CPC:

> Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Segundo o § 4º desse dispositivo, a audiência preliminar de conciliação ou mediação somente não será realizada: *i)* se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual ou *ii)* quando não se admitir a autocomposição.

A previsão é consentânea com a busca pela rápida e eficaz solução dos litígios, na medida em que oportuniza às partes o direito de se autocomporem sobre questões afetas às suas vidas e, assim, assumirem o protagonismo na solução de seus problemas. Em esclarecedora e elucidativa exposição, Eduardo Cambi aponta que:

> Os meios alternativos de solução de conflitos contribuem para a desjudicialização das controvérsias, para resolver problemas estruturais da justiça e para a autocomposição dos litígios pelas partes envolvidas no conflito, o que proporciona maior satisfação para os envolvidos e contribui para a pacificação social. Afinal, tais meios alternativos substituem o caráter competitivo do processo judicial pelo aspecto cooperativo, ao proporcionarem benefícios a todos os envolvidos na disputa (quebra do paradigma ganhar ou perder), sem vencedores e vencidos. (CAMBI, 2016, p. 924 e 925)

Tal estímulo, contudo, pode gerar desigualdades e injustiças se aplicado de forma irrestrita e sem considerar as peculiaridades do caso concreto, como nas hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher, em que esta tenha expressamente pleiteado a não designação ou o cancelamento da audiência de conciliação e, ainda assim, por não entender presentes as hipóteses do artigo 334, § 4º, do CPC, o juízo a designa.

Em seu artigo 2º, II, a Lei nº. 13.140/15 indicou a isonomia entre as partes como um os princípios orientadores da mediação. Com efeito, para que sirvam de instrumentos efetivos de autocomposição, a conciliação e a mediação pressupõem que todas as partes do processo participem do ato em igualdade de condições, o que certamente não ocorre quando a mulher se encontra inserida em um ciclo de violência e expressa sua vontade de não participar da audiência, justamente por não se sentir preparada para negociar com o agressor.

Nessas hipóteses, obrigar a mulher a participar de uma sessão de conciliação ou mediação com o agressor, com possibilidade de praticar ato atentatório à dignidade da justiça e de ser sancionada com multa caso não compareça (artigo 334, § 8º, do CPC), em havendo pedido expresso dela em sentido contrário, leva a uma revitimização dessa mulher, subtraindo seu poder de negociação.

Esse, inclusive, é o entendimento do Comitê CEDAW – Comitê para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, que, na Recomendação nº. 33, de 25 de julho de 2015, deixa claro que se deve assegurar "que casos de violência contra as mulheres, incluindo violência doméstica, sob nenhuma circunstância sejam encaminhados para qualquer procedimento alternativo de resolução de disputas".

Nos três exemplos ora trazidos à baila, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo autorizou a dispensa da audiência de conciliação em observância ao pedido expresso da mulher em situação de violência doméstica para que o ato não fosse designado. Seguem as respectivas decisões, sendo que a primeira é decisão monocrática em que o relator julgou o mérito do recurso e as outras duas são acórdãos:

> 1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão a fls. 117 (fls. 105 dos autos principais) que, nos autos da ação de guarda c/c regulamentação de visitas e alimentos ajuizada por M. B. de O. em face de J. A. de S., designou audiência de conciliação para o dia 17 de novembro de 2015.
>
> 2. Insurge-se contra a decisão a autora, aduzindo, em síntese, que é vítima de violência doméstica de modo que não pode ser submetida a formas de solução consensual de conflito, sob pena de ferir suas integridades física e psicológica. Pondera que as questões sobre as quais versa a lide não comportam transação. De acordo com relatório da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o poder de negociação da mulher nessas situações para ensejar escolhas baseadas no medo ou na busca para sair da situação de todas as formas. Informa que há medida protetiva concedida em seu favor. Ante o exposto, requer a antecipação da tutela recursal. Recurso tempestivo e isento de preparo.
>
> 3. O recurso comporta provimento. Dá-se provimento ao recurso. De proêmio, é cediço que a não realização de audiência de conciliação não implica em prejuízo para as partes. Ademais, a conciliação pode ser realizada a qualquer momento e fase processual, podendo as partes requererem a homologação de eventual acordo para a solução da lide. Como já se decidiu: "Não importa nulidade do processo a não realização de audiência de conciliação, uma vez que a norma contida no artigo 331 do CPC visa a dar maior agilidade ao processo e as partes podem transigir a qualquer momento" (STJ 2ª T., REsp. 148.117, Min. Castro Meira, j. 8.3.05 DJU 13.6.05). No mesmo sentido: STJ 1ª T. REsp 769.119, Min. Teori Zavascki, j. 13.9.05, DJU 26.9.05', mesmo porque: "Tendo o magistrado elementos suficientes para o esclarecimento da questão, fica o mesmo autorizado a dispensar a produção de quaisquer outras provas, ainda que já tenha saneado o processo, podendo julgar antecipadamente a lide, sem que isso configure cerceamento de defesa" (STJ 6ª T., REsp. 57.861, Min Anselmo Santiago, j. 17.2.98). No mesmo sentido: JTJ 332/84 in Código de Processo Civil e Legislação Extravagante, Theotonio Negrão e Outros Autores, 46ª ed., Saraiva, 2014, p. 470 e 472. Assim, considerando o estado de beligerância entre as partes, sobretudo a notícia de que a autora/agravante foi vítima de violência doméstica, tendo sido acolhida no Abrigo Sigiloso Casa Maria Rosa, junto com seus filhos, eventual conciliação nesse momento poderia estar eivada de forte influência psicológica. Portanto, por ora, fica afastada a designação da audiência de conciliação, devendo o feito prosseguir em seus termos.
>
> 4. Ante o exposto, desde logo e monocraticamente, dou provimento ao recurso para afastar a designação da audiência de conciliação, determinando o prosseguimento do feito.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – Agravante que se insurgiu em face do despacho que designou audiência de conciliação, sob alegação de que foi vítima de violência doméstica – Possibilidade – Princípio constitucional da dignidade da humana que deve ser observado – Audiência de conciliação que deve ser cancelada – Recurso provido.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de Divórcio Litigioso – Decisão designando audiência de conciliação – Insurgência da agravante sob o argumento de ter sido submetida a atos de violência doméstica por parte do agravado – Informações prestadas que dão conta da realização regular da audiência, com o comparecimento da agravante – Perda superveniente do objeto – Recurso prejudicado.

Nesse último caso, embora a ocorrência da audiência tenha ocasionado a perda superveniente do objeto do recurso, deve-se trazer a baila a decisão monocrática do relator, que concedeu efeito suspensivo ao recurso, com a seguinte fundamentação:

> 1.Trata-se de recurso de agravo interposto contra a r. decisão digitalizada às fls. 27, que, nos autos da ação de divórcio litigioso, designou audiência de conciliação/mediação para o dia 23.5.2016, embora a requerente tenha manifestado seu desinteresse na realização do ato, tendo em vista o disposto no art. 334, §4º, I, do CPC.
>
> 2.Inconformada, insurge-se a agravante alegando, em resumo, que é vítima de violência doméstica, motivo pelo qual não deseja encontrar o agravado. Diz que o encontro das partes poderia causar a revitimização da agravante, violando o princípio da dignidade da pessoa humana. Pede, pois, a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso.
>
> 3.Recebo o agravo na forma de instrumento e CONCEDO O EFEITO SUSPENSIVO pretendido, pelos motivos que passo a expor.
>
> 4.Alega a agravante que é vítima de violência doméstica e que o encontro com o agravado lhe causaria constrangimento e abalo psicológico.
>
> 5.Segundo penso, o ideal buscado pelo Novo Código Processo Civil, no sentido de evitar os litígios, prestigiando as conciliações, não pode se sobrepor aos princípios consagrados pela Constituição Federal, relativos à dignidade da pessoa humana e dele derivados.
>
> 6.Assim, ao menos em princípio, não se mostra plausível obrigar a autora a comparecer a audiência de conciliação e encontrar o réu, se alega ser vítima de violência doméstica por ele praticada.
>
> 7.Comunique-se ao Juízo de origem.
>
> 8.Dê-se vista dos autos à douta Procuradoria Geral de Justiça.
>
> 9.Após, voltem os autos conclusos para novas deliberações ou prolação de voto.

Das reflexões acima abordadas, conclui-se que aos casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher em que haja pedido dela de não designação ou cancelamento da audiência de conciliação, deve-se aplicar o permissivo do artigo 334, § 4º, II, do CPC para que o ato não seja realizado, respeitando-se a manifestação de vontade e a isonomia das partes em conflito.

Referências

BRASIL. Código de Processo Civil. 24ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº. 2213246-26.2015.8.26.0000. Relator: Egidio Giacoia. São Paulo, 21 de outubro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento. Relator: José Carlos Ferreira Alves, Voto nº. 27.270.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº. 2094427-96.2016.8.26.0000. Relator: José Carlos Ferreira Alves. São Paulo, 02 de agosto de 2016.

CAMBI, Eduardo. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, páginas 924 e 925.

NAÇÕES UNIDAS. In: Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2018.

A retirada de recém-nascidos de suas genitoras nas maternidades em razão do uso de drogas e o imaginário da maternagem[1]

The retention and institutionalization of newborns, due to the use of drugs by their mothers and the public conception of motherhood.

Tatiana Campos Bias Fortes
Defensora Pública do Estado de São Paulo
tfortes@defensoria.sp.def.br

Resumo

O presente artigo científico pretende analisar criticamente a recorrente prática adotada pelas maternidades públicas e privadas consistente na retenção e institucionalização de recém-nascidos, em razão de suposto uso de drogas por suas mães. Tal prática consiste em não permitir a entrega do recém-nascido a sua genitora quando do estudo de seu histórico menciona-se o uso de substâncias entorpecentes, quer se trate de um uso pretérito ou atual, e independente do tipo de uso. A abordagem será multidisciplinar e congregará argumentos jurídicos, sociológicos e psicanalíticos para analisar como o imaginário da maternagem e sua estreita ligação – aos olhos da sociedade – com a própria representação da mulher pode ter levado a naturalização dessa prática, que acaba por desrespeitar o direito do recém-nascido, das suas famílias, bem como de todo o sistema jurídico de proteção integral a criança e adolescentes.

Palavras-chave: maternagem, drogas, gênero.

Abstract

This article aims to critically analyze the recurring practice adopted by public hospitals, which consists in the retention and institutionalization of newborns, due to the use of drugs by their mothers. The approach will be multidisciplinary and will bring together legal, sociological and psychoanalytic arguments to analize how the imagery of motherhood and its close connection - in the eyes of society - with that of the representation of woman may have led to the naturalization of this practice. In the end, it is show that the naturalization of this practice results in a continuous disrespect of the rights of the new born, of the mother and the family. It also disrespects the system of integral protection that is now the paradox for the matters relating to kids and adolescents.

Keywords: *Motherhood, Drugs, Gender.*

Introdução

Tramitam perante as Varas da Infância e Juventude diversos processos visando a aplicação de medida de acolhimento institucional[2] em relação aos filhos de mulheres que relatam uso de drogas - notadamente o crack.

Quando uma criança nasce em um hospital e há algum indício de condição de vulnerabilidade que pode representar risco a saúde da criança a genitora é submetida imediatamente a entrevista social com profissionais do hospital, normalmente psicólogas e assistentes sociais. Nessa oportunidade é investigado o uso – pretérito ou atual – de substâncias psicoativas e caso seja constatado qualquer tipo de uso pela genitora a entrega do recém-nascido aos pais é imediatamente obstada, ainda que haja alta hospitalar.

Ressalte-se que a constatação de uso de drogas, no Brasil, é feita única e exclusivamente através de entrevistas com assistentes sociais, sem qualquer exame clínico/médico para tanto. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, tal averiguação é diferente, sendo realizado exame toxicológico feitos no bebê, que ao acusar drogas do seu sistema gera um forte presunção de incapacidade de exercer seu poder familiar das mães, sendo essas impedidas do contato com seus filhos.

Após tal análise o fato é imediatamente comunicado ao Juiz da Infância e Juventude e ao Ministério Público, os quais, a partir de diversos processos instaurados nas Varas da Infância e Juventude, determinarão a extinção do vínculo de filiação mantido entre mãe e filho, possibilitando o encaminhamento destes para a adoção.

Isso ocorre pois o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê que, se uma criança ou adolescente estiver em situação de risco – a sua saúde, integridade física ou até mesmo a seu desenvolvimento sadio – por ação ou omissão do Estado, da sociedade, de seus pais ou até mesmo por sua própria conduta, a rede de proteção (serviços e equipamentos da saúde, assistência social, educação, Conselhos Tutelares) têm o dever de comunicar os fatos ao Ministério Público, o qual, por sua vez, deverá provocar o Poder Judiciário para que este tome medidas visando a sua proteção, medidas essas previstas no artigo 101 do Estatuto e que incluem o acolhimento institucional (antiga medida de "abrigamento").

Ressalte-se que embora a decisão de entrega ou não do recém-nascido à genitora seja feita pelo Juiz responsável, este o faz com base nos pareceres e laudos apresentados pelos envolvidos, Hospital, Setor Técnico e conselho tutelar, sendo assim, trata-se de uma decisão de certa forma colegiada.

Justamente por entender e reconhecer a importância desses outros vetores na decisão que foi feita Nota Técnica Conjunta n. 01 de 16 de setembro de 2015, elaborada pela Secretaria de Atenção à Saúde em parceria com Secretário de Gestão Estratégica e Participativa, que estabelece diretrizes e fluxograma para atenção integral à saúde das mulheres e das adolescentes em situação de rua e/ou usuárias de crack e outras drogas e seus filhos recém-nascidos (BRASIL, 2015) e que apresenta como um de seus objetivos:

> 3. Orientar gestores e profissionais de saúde a respeito dessa temática faz-se fundamental frente a atual e recorrente recomendação de órgãos da Justiça, como o Ministério Público, para a comunicação imediata ao Poder Judiciário

> do nascimento de crianças de mulheres em situação de rua e/ou usuárias de crack e outras drogas, bem como gestantes que se recusarem a realizar o pré-natal. Tais recomendações estão, por vezes, ocasionando decisões para o afastamento das crianças recém-nascidas de suas mães, logo após o nascimento, pelo fato de estarem nessas situações, ancoradas na suposta proteção da criança. Não obstante o disposto, a prática de retirada de bebês de mulheres em situação de rua e/ou usuárias de crack e outras drogas foi identificada, igualmente, em maternidades de estados e municípios em que não há recomendações do Ministério Público.
>
> (...)
>
> Sobre esse assunto, o Ministério da Saúde entende que decisões imediatistas de afastamentos das crianças de suas mães, sem os devidos apoio e acompanhamento antes, durante e após o nascimento, bem como uma avaliação processual de cada situação, violam direitos básicos, tais como a autonomia das mulheres e a convivência familiar, legalmente assegurada às mulheres e às crianças[3]

Assim tem-se que, ao menos em tese, a legislação que ampara as políticas públicas sobre o tema, reconhece a necessidade de se avaliar a situação concreta, fornecendo os devidos instrumentos para que esta possa exercer a maternidade na sua forma completa, devendo ser a retenção medida extrema e excepcional.

Ocorre que, não obstante todas as vedações e contraindicações, uma mera análise quantitativa dos processos que correm perante as Varas da Infância e Juventude, aponta para a conclusão de que de que o uso de drogas pela genitora corresponderia, por si só, a uma situação de risco e, portanto, ensejariam o acolhimento institucional das crianças e adolescentes.

E é a partir da análise desse fato concreto – retenção de recém nascidos diretamente dos hospitais quando há indícios de uso de drogas pela parturiente apesar de todas as vedações legais e infralegais - que se tem o presente artigo. Busca-se assim analisar criticamente, a partir de um enfoque multidisciplinar, o contexto em que essa prática é inserida, focando na questão das expectativas em torno da maternidade e do papel da mulher.

Do estigma das drogas e do imaginário da maternagem

Analisando os casos em que a retenção arbitrária acontece, é perceptível que a mera menção do uso de drogas pela genitora leva à construção do estigma da "mãe drogadita" ou "mãe crackeira", a qual não teria, em absoluto, a capacidade de cuidar de seus próprios filhos.

Note-se que o estigma da "mãe usuária", ainda que faça direta menção ao uso de drogas por parte da mulher, pressupõe também o recorte de classe, uma vez que há inequívoca diferença de tratamento e de visão do imaginário social entre as mulheres de classe média/alta que fazem uso de drogas e aquelas inseridas nas classes mais baixas, geralmente marginalizadas e dependentes dos serviços e equipamentos componentes da Rede de Saúde Pública.

Certo é que não obstante o uso de drogas remota a antiguidade sua presença se dá em quase todas culturas em usos religiosos, culturais e até mesmo pessoais (ESCOHOTADO, 1996), a sua utilização ainda se vê revestida de uma série de dogmas e paradigmas, principalmente quando o seu consumo é feito por mulheres.

Assim o uso de drogas por mulheres que era antes encoberto pelo manto da invisibilidade passa a ser visto através da severo olhar da maternidade e da normativa da feminilidade. O uso de drogas por mulheres passa a ser encarado como uma relação muito mais complexa que que o uso pelos homens dada a complexidade moral e ética que tal uso pode acarretar. (CAMPBELL, 2000)[4]

Pontua BELLINE E BOLZAN que o "uso de drogas realizado por mulheres assume características distintas com relação aos homens, atreladas a diversas questões relacionadas ao papel da mulher na sociedade e a reprodução desse papel realizado pelas mulheres". (2015, p5)

Tem-se assim que a mulher usuária de drogas fere o imaginário econômico e cultural, representando assim, uma verdadeira falência da democracia, da feminilidade e da maternidade. Isso porque certos padrões de comportamento são esperados das mulheres e quando há algum desvio nesse padrão, seja por questões de cunho social, doenças mentais ou uso de drogas estas mulheres são consideradas inferiores. (CAMPBELL, 2000; MELO, 2016)

Nesse ínterim:

> Conforme apropriação de Fassin, a economia moral diz respeito aos princípios construídos nos processos culturais baseados em uma concepção de justiça "moral" e que influenciam e moldam decisões individuais, políticas e sociais. Sendo assim, tal formulação sobre economia moral contribuiu na análise das hierarquias presentes nas cenas de cuidado em relação a gestantes que fazem uso de crack, que analisaremos neste trabalho, sendo que tais hierarquias estão sustentadas, sobretudo: nas iniquidades baseadas no gênero e, ainda, nas diferenciações valorativas atribuídas aos tipos e usos de drogas. (SANTOS, 2015, p30)

Isso ocorre pois a representação de mulher está intrinsicamente ligada a maternidade não havendo, ao menos na visão e no discurso predominante, uma distinção entre ambas. Dessa maneira o uso de drogas pelas mães acaba representando uma questão de amplitude muito maior do que os liames do caso concreto em que se insere.

> As mulheres são assentadas e definidas por esta *diferença* em seus próprios corpos, em uma imanência que se concentra em seus órgãos reprodutores. Mas, se a capacidade de procriação é uma especificidade, esta não define a totalidade de meu ser. Entretanto, procriar, reproduzir a espécie passou a significar socialmente o feminino e esta significação social chama-se maternidade. Por um lado, a maternidade é louvada e incensada, objetivando-se na figura da "*mãe"* por outro, torna-se uma fatalidade, na medida em que deixam de ser mulheres a imensa legião daquelas que não querem ou não podem ter filhos; perdem sua inteligibilidade social e alinham-se na fileira dos excluídos. A mãe é o modelo de mulher, a mulher no singular, uma figura fractal, que reproduz infinitamente a mesma imagem,reduzida a um sentido unívoco de ser.(SWAIN 2007)

A ideologia da maternagem vivida nos nossos dias confere a todas as mulheres o *dever* de amar seus filhos, de modo que, se não o fazem, estão deixando de cumprir seus deveres e

violando os direitos da criança; violação esta sujeita a sanções por parte do Estado, sobretudo por intermédio do Poder Judiciário (FAVERO, 2007).

Ocorre que alguns estudos (BADINTER, 1985) tem demonstrado que este "amor materno" não é inato, mas depende de condições sociais, econômicas, históricas ou, nas palavras da autora, de "ocasiões propícias ao apego" (p. 14).

Simone de Beauvoir, escreve em seu emblemático livro o Segundo Sexo que "não existe "instinto" materno: a palavra não se aplica em nenhum caso à espécie humana. A atitude da mãe é definida pelo conjunto de sua situação e pela maneira por que a assume. É, como se acaba de ver, extremamente variável." (BEAUVOIR, 2000, p.509)

O "mito do amor materno" decorre diretamente da construção social da identidade de gênero feminina, pela qual a mulher seria a responsável pelo mundo interno, privado e, assim, valorizada a partir dos cuidados dispensados com a casa e os filhos. Seu amor, portanto, seria *necessário*, em contraposição ao amor paterno, naturalmente *contingente*, pois aos pais, responsável pelo mundo externo, não caberiam originariamente as obrigações referentes aos cuidados aos filhos, mas ao provimento das carências materiais no núcleo familiar (FAVERO, 2007).

Sucede que o fenômeno da maternagem e, mais especificamente, da gestação é inequivocamente complexo e, mais do que depender exclusivamente das condições biopsicológicas da mulher gestante (e a responsabilidade maternal presumida pela moral), também está condicionado por fatores extrínsecos a ela, que vão desde o contexto social em que se encontra inserida, até suas dinâmicas familiares e afetivas e seu momento de vida. Todos estes aspectos irão contribuir ou não para a aceitação da gravidez e, consequentemente, para o vínculo com o filho (OLIVEIRA, 2008; PICCINI 2008).

A desigualdade de gênero, portanto, é identificada como fator de vulnerabilidade no contexto de vida das gestantes na medida em que a história da mulher na sociedade aponta que as vivências de subalternidade, de autonomia reduzida, pouco poder de decisão e assimetria de direitos são elementos constituintes do que denominamos vulnerabilidade moral.

Ora, como bem pontuado:

> Desse modo, o consumo de drogas realizado por mulheres não corresponde a este estereótipo feminino construído socialmente. Com isso, as mulheres que fazem uso de drogas estão duplamente contrariando as normas sociais. Essas concepções contribuem para o ocultamento do consumo de drogas por mulheres e, consequentemente, para vulnerabilidade dessas aos vários agravos sociais e de saúde (PAIVA, et al, 2007). Consequentemente, essas mulheres sofrem de um duplo estigma, pela questão de gênero e o do uso de drogas. O primeiro se expressa através dos papéis sociais atribuídos às mulheres, como o "bom desempenho" em sua função materna e conjugal; o segundo se refere aos estereótipos e julgamentos morais aos quais são impostas por consumirem drogas. Portanto, o uso de drogas realizado por mulheres se torna incompatível com desempenho dos seus papéis sociais e historicamente construídos. As mulheres que fazem uso de drogas são desacreditadas em sua capacidade de exercer as funções maternas e consideradas incapazes de criar uma criança, resultando em diversos estigmas e preconceitos a elas vinculados. Assim, o estigma é uma construção social

> que impõe uma marca, atribuindo ao seu portador um status desvalorizado em relação aos outros membros da sociedade. Incide na medida em que os indivíduos são identificados com base em alguma característica indesejável que possuem e, a partir disso, são discriminados e desvalorizados pela sociedade (RONZANI, et al, 2014). (BELLINE E BOLZAN, 2015, p7)

Nesse sentido, afirma MOUNTIEN (2007) que, de acordo com os papeis sociais estereotipados e estigmatizantes, o imaginário sobre as mulheres está relacionado com o espaço doméstico (principalmente na qualidade de mães e esposas) e sua posição na sociedade é aquela em que são vistas como representantes da *ordem* social, as *guardiãs da moral*. Se assim o é, por consequência, as mulheres que fazem uso de substâncias psicoativas, sobretudo nos espaços públicos, são vistas como péssimas mães e/ou péssimas mulheres, já que há uma incompatibilidade entre a dependência esperada socialmente da mulher e a necessidade de que as mulheres 'estejam sob controle'.

Ressalte-se que ainda que a utilização de qualquer substância entorpecente gere essa visão da genitora e consequentemente a retirada de sua prole, comumente a droga que mais gera essa questão é o crack.

Isso se dá por uma conjunção de dois fatores centrais: a visibilidade conferida a droga atualmente, que é objeto de tensão entre as áreas da saúde e de seguranças públicas, bem como o fato de ser o uso desse específico de droga relacionada a pessoas socialmente excluídas, normalmente em situações de rua.

Na medida em que o uso de crack foi evidenciado enquanto epidêmico, diversas características foram atreladas às mulheres que fazem uso de crack, como: falta de controle sobre o corpo e sobre os próprios atos, desinteresse pelos laços familiares, criminalidade, violência, prostituição. Por isto, consideramos relevante observar como as características construídas socialmente para o crack classificam e hierarquizam as mulheres que fazem uso do mesmo, sobretudo quando estão sob a marca da maternidade. (MACEDO, 2016 p.17)

Uma advertência, entretanto, faz-se necessária. Práticas violentas, opressões e abandonos de crianças ocorrem frequentemente e independentemente do uso e abuso de substâncias psicoativas, assim, não se pretende com esse artigo fazer uma vitimização generalizante, ou uma apologia ao uso da substância.

Também não se desconhece a gama de estudos que mostram que o uso de cocaína-crack durante a gravidez pode exercer no feto efeitos negativos preocupantes, tanto para a genitora quanto para seu filho. (PORTELA, *et el*, 2013). Tais estudos, contudo, não conseguem comprovar cientificamente a relação direta de causalidade entre o consumo de crack durante as gestações e a presença de prejuízo as crianças.

O que se quer ressaltar é que é inegável a relação de causalidade entre o uso de drogas pelas gestantes pobres e a suposta incapacidade para o exercício da maternagem (nitidamente equivocadas e discriminadoras) criadas no imaginário social pela política proibicionista e suas instituições intermediárias (a exemplo da grande mídia, como reprodutora da ideologia hegemônica)

Note-se que embora não exista na literatura uma grande bibliografia que trata justamente dessa relação, fato é que esta foi percebida, também, pelo Ministério da Saúde, que, atento às nefastas consequências da institucionalização de recém-nascidos em razão do uso de drogas por mães pobres, editou a já mencionada Nota Técnica Conjunta n. 01 de 16 de setembro de 2015, observando com perspicácia que:

> 15. Há distintos grupos populacionais que têm seus direitos humanos violados em função da sexualidade, e **outros para os quais se supõe a impertinência na reprodução**, como é o caso das pessoas com deficiência, privadas de liberdade, em situação de rua, adolescentes e pessoas com orientações sexuais não heterossexuais. Para o Ministério da Saúde, é fundamental o reconhecimento da universalidade dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos para a qualificação da proposição de políticas públicas que contemplem as especificidades dos diversos segmentos da população. **A prática sexual e a maternidade/paternidade são direitos de todos(as), que devem ser garantidos pelo Estado** (Caderno de Atenção Básica 26 – Saúde Sexual e Saúde Reprodutiva)

Muito pouco se tem em termos de pesquisa científica sobre esse processo de retirada de recém nascidas diretamente da maternidade em razão do relato de uso de drogas pelas mães, e menos se tem ainda sobre a relação que isso tem com o papel da mulher exercido na maternidade. Isso demonstra claramente que as políticas públicas existentes não estão devidamente amparadas em conteúdo para amparar tais posicionamentos.

Ampliar tais estudos e fomentar pesquisas práticas é de relevada importância eis que conforme amplamente relatado aqui a maternagem e o papel da mulher na sociedade deve ser levado em conta na hora de fazer e executar políticas públicas.

O procedimento de investigação da vida pregressa da parturiente é o passo inicial para que se inicie o procedimento que pode culminar na retirada do recém nascido. Assim, os profissionais do hospital são os que primeiro tem a possibilidade de intervir na situação, acolhendo a genitora e buscando dar os encaminhamentos necessários para que esta possa criar as condições psicológicas mínimas que permitam levar seu filho/a para casa.

Não se ignora que os profissionais de saúde da maternidade tem - em razão de sua própria formação- desenvolvido uma certa resistência ao uso de drogas durante a maternidade, por entender que as duas questões ocupam pólos morais conflitantes. Assim, focar nessa parturiente como o objeto central do trabalho a ser realizado buscando dar as ferramentas necessárias para que essa realize a maternagem é de certa forma um paradoxo. (MACEDO, 2016). Ocorre que a o próprio estereótipo que recai sobre as usuárias de drogas a fazem precisar de um cuidado e tensão diferenciados, e tal cuidado deve ser incentivado.

Ocorre que não será possível buscar o fim da prática objeto do presente trabalho sem reconhecer o papel do estigma do uso das drogas pelas mulheres vulneráveis socioeconomicamente e o papel do imaginário da maternagem. Somente entendendo as influências desses vetores e que se pode buscar alternativas, de forma que a intervenção do Estado se pautem pelo protagonismo das mulheres, e o rechaçando os estigmas a elas vinculados.

Considerações Finais

A partir do exposto, procurou-se chamar a atenção para o fato de que a prática de retirada de recém-nascidos nas maternidades em razão do uso pelas genitoras na gravidez demonstra uma questão subjacente muito maior, qual seja, de que estas mulheres por apresentarem uma postura dissonante dos papeis sociais esperados são consideradas como incapazes de exercer as funções maternas, sendo necessária a intervenção do estado.

As mulheres em condições socioeconômicas vulneráveis que afirmam fazer uso de drogas são inevitavelmente estigmatizadas pela sociedade e isso acaba gerando toda uma política que sob a égide de proteger o 'melhor interesse da criança" viola diversos direitos e recomendações. Ressalte-se que se trata de um discurso tão uniforme que o próprio Judiciário que deveria proteger os direitos acaba por ser mais um opressor.

Dessa maneira, evidencia-se a importância de se realizar discussões, problematizações e estudos focados nessa temática, para que as políticas públicas superem a lógica repressiva, moralizadora e estigmatizante que paira sobre o uso de drogas por mulheres, especialmente gestantes.

Somente compreendendo as formas pelas quais o discurso atual dominante propaga essa lógica diabólica é que se conseguirá buscar alternativas que efetivamente avaliem no caso concreto – avaliação essa despida de estigmas e de simples relação de causalidade – sobre a possibilidade ou não da mulher exercer a maternidade.

Referências Bibliográficas

ABRUZZI, J. C. "A experiência da gestação na perspectiva de gestantes usuárias de crack internadas em uma unidade psiquiátrica de um hospital geral". Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Escola de Enfermagem. Curso de Enfermagem. Porto Alegre, 2011.

BADINTER, Elizabeth. Um Amor Conquistado: O Mito do Amor Materno. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BEAUVOIR, SIMONE. " O Segundo Sexo"; tradução Sérgio Milliet. - 2.ed. - Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2009.

BELLINI, Isabel Barros; BOLZAN, Liana de Menezes. " Gênero e uso de drogas: fatores preponderantes ao universo feminino" I Congresso Internacional de Política Social e Serviço Social: Desafios Contemporâneos. Londrina 2015

BRASIL, Ministério da Saúde. "Diretrizes e Fluxograma para a atenção integral à saúde das mulheres e das adolescentes em situação de rua e/ou usuárias de crack/outras drogas e seus filhos recém-nascidos". Nota Técnica Conjunta nº 001 – SAS e SGEP, 2015.

CAMARGO, Paola de Oliveira. "A visão da mulher usuária de cocaína/cracks obre a experiência da maternidade: vivência entre mãe e filho". 2014. 121f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação da Faculdade de Enfermagem, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2014.

_____. "Os efeitos do crack na gestação e nos bebês nascidos de mães usuárias: uma revisão bibliográfica". Cad. Ter. Ocup. UFSCAR, São Carlos, v. 22, n. Suplemento Especial, 2014, p. 161-169.

CAMPBELL, Nancy Duff. " using women: gender, drug policy and social justice" Routledge, New York, 2000.

ESCOHOTADO, Antonio. "Historia General de las Drogas", 7ª ed, Madrid: Alianza Editorial, 1998

FAVERO, Eunice Teresinha. "Questão Social e Perda do Poder Familiar". São Paulo: Veras Editora, 2007.

MACEDO, Fernanda do Santos de. A economia moral na atenção de gestantes que usam crack: Uma análise das práticas cotidianas de cuidado. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de PósGraduação em Psicologia Social e Institucional da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Psicologia Social e Institucional. Orientadora: Profª. Drª. Paula Sandrine Machado Porto Alegre 2016

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord). "Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos", São Paulo: Saraiva, 2014.

MELO, Mariane Capellato e CORRADI, Clarissa Mendonça- "Meanings about mothering by women in treatment for drug use" -WEBSTER Estudos de Psicologia I Campinas I 33(4) I 699-709 I outubro - dezembro 2016

MOUNTIEN, Ilana. "Mujeres Bajo Control" *in* "Estado de Wonderbra: entretejiendo narraciones feministas sobre las violências de género", MARTIN, Barbara Biglia y Conchi (Coord). Barcelona: Virus Editorial, 2007.

_____ "Images of Women and Drugs" *in* Annual Review of Critical Psychology, volume 4, 2005, Discourse Unit, Manchester, p.81-96.

OLIVEIRA, Michele Mandagará de; KANTORSKI, Luciane Prado; COIMBRA, Valéria Cristina Crhistello; FERREIRA, Roberta Zaffalon; FERREIRA, Grabriella Bastos; CRUZ, Vania Dias. "Consequências relacionadas ao consumo de crack entre mulheres e motivações para o abandono da droga". SMAD, Rev. Eletrônica Saúde Mental Álcool Drog. 10(3), set-dez, 2014, p. 119-125

OLIVIO, Maria Cecília e GRACYK, Rafaela Carla. " Mulheres usuárias de crack e maternidade: breves considerações" in Anais II Simpósio Gênero e Políticas Públicas ISSN2177-8248 Universidade Estadual de Londrina, 18 e 19 de agosto de 2011. GT3-Gênero e Família – Coordenadora Cássia Maria Carloto

PICCININI, C.A, GOMES, A.G.; LOPES, R.S.; NARDI, Y. "Gestação e a constituição da maternidade" Psicol. Estud. Maringá, v.14, n1, p. 63-72, 2008

PORTELA; Graciela Lima Costa; BARROS, Livia Moreira; FROTA, Natasha Marques; LANDIM, Anna Paula Pequeno; CAETANO, Joselany Áfio; FARIAS, Francisca Lucélia Robeiro de. "Percepção da gestante sobre o consume de drogas ilícitas na gestação". SMAD, Rev. Eletrônica Saúde Mental Álcool Drogas, 9(2), mai-ago, 2013, p. 58-63

ROBERTS, Dorothy E. "Punishing Drug Addicts who have babies: women of color, equality, and the right of privacy", *Harvard Law Review, Vol. 104, no 7 ,May, 1991, p. 1419-1482.*

SANTOS, Mariana Matias; PORTO, Priscila Nunes; OLIVEIRA, Jeane Freitas de; PIRES, Claudia Geovana da Silva; ARAUJO, Anne Jacob de Souza. "Associação entre características sociodemográficas e frequência de uso de álcool por gestantes". Revista Baiana de Enfermage, Salvador, v. 30, n. 2, abr-jun/2016, p. 1-9

SWAIN, Tânia Navarro. "Meu corpo é um útero? Reflexões sobre a procriação e a maternidade." In: Maternidade e feminismo: Diálogos interdisciplinares. Cristina Stevens (org.), Florianópolis: Ed. Mulheres, 2007. P.203-247. *In* <http://www.tanianavarroswain.com.br/chapitres/bresil/utero.htm>

YOUNG, Iris Marion. " Punishment, treatment, empowerment: Three approaches to policy for pregnant addicts" – in feminist Studies; Spring 1994, 20, 1 : ProQuest central

[1] Esse artigo é o resultado do desenvolvimento de trabalho de conclusão do curso de pós graduação Psicologia da Juventude e Políticas Públicas, realizado na Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo.

[2] A medida de acolhimento institucional se refere à retirada de uma criança ou de um adolescente de seu ambiente familiar e da comunidade em que está inserido, em razão de abandono ou após a constatação de que a manutenção na família ou no ambiente de origem não é a alternativa mais apropriada ao seu cuidado e à sua proteção (TAVARES, 2014, p. 661). Por se tratar de uma ingerência do Estado na vida da família, o ECA prevê que a medida deve ser breve e excepcional , utilizável como forma de transição para a reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para a colocação em família substituta (art. 101, §1º, ECA).

[3] A Nota Técnica emitida pelo Ministério da Saúde, ainda, é categórica ao preconizar que: "a vulnerabilidade social de tais populações não pode ser utilizada como condicionante para a manutenção

ou eliminação de direitos fundamentais. Assim, a não submissão de mulheres que exercem o direito de escolher fazer uso de álcool e outras drogas aos cuidados em saúde e às intervenções judiciais, ainda que gestante ou nutrizes, não podem interferir no seu direito de permanecer ou não com seus(suas) filhos(as), assim como no acesso aos serviços de saúde com qualidade. Portanto, esses direitos de liberdade e à saúde não concorrem entre si, e constitui violação aos direitos humanos recomendar que o acesso à saúde e a garantia da convivência familiar serão assegurados somente mediante a forçada escolha de não estar mais nas ruas e/ou em uso de drogas. É o que concluímos diante do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao identificarmos que o direito à convivência familiar é também uma estratégia de garantia do direito ao desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência (art. 7º do ECA), cabendo ao Estado assegurar os cuidados que contemplem as escolhas das pessoas envolvidas, dentre elas a de se permanecer na relação entre mães e filhos, não constituindo a falta de recursos materiais, eventualmente demonstrada pela situação de rua, motivo em si para a separação familiar. E que, ao mesmo tempo – e também para tal garantia -, as ações em Saúde acentuam cuidados em algumas fases como a gestacional (arts. 8º e 10, ECA)". Assim, em suma, "é preciso garantir os direitos das mulheres de decidirem ficar ou não com a criança, não cabendo aos profissionais de saúde julgá-las, mas propiciar o apoio necessário para suas escolhas, entendendo que este é um momento crítico de suas vidas e uma situação que exige um processo de amadurecimento da decisão".

[4] No original: "Veild once by invisibility, women's addiction is now viewed through the heavily tinted windows of pregnancy and normative femininity. The social stigma that assicted women experience is portrayed as a direct attack on the very core of their feminine identity. Anxious to avoid the assault, addicted women use gender tactis such as secrecy, duplicity, and deviousness. (...) Finally, women's addiction is represented as a more complicated than men's due to the sheer "complexity of the moral, ethical, and legal questions raised by women's substance abuse and addictions – questions our nation has not considered sufficiently" (CAMPBELL, 2000. P.219).

A garantia do direito à moradia adequada na perspectiva de gênero: o combate à discriminação contra a mulher por meio das políticas públicas habitacionais

Ensuring the right to adequate housing from a gender perspective: combating discrimination against women through public housing policies

Vanessa Chalegre de Andrade França
Defensora Pública, Defensoria Pública do Estado de São Paulo
vcfranca@defensoria.sp.def.br

Resumo
O objetivo central do presente artigo é demonstrar como a garantia do acesso à moradia adequada pelas mulheres demanda a elaboração e a execução de políticas públicas habitacionais não neutras, ou seja, políticas que levem devidamente em conta a discriminação sofrida pelas mulheres em razão do gênero e que resulta justamente em maior insegurança e vulnerabilidade para estas quanto ao direito de ter uma casa, de ser proprietária ou de exercer a posse justa e exclusiva de um imóvel que sirva como sua moradia. A partir da normativa internacional e das recomendações do Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos por meio da Relatoria Especial do Direito à Moradia Adequada da ONU, aponta-se a exigência do Estado brasileiro de elaborar e executar leis e políticas públicas na área de habitação que visem enfrentar as particularidades decorrentes da discriminação de gênero, em especial, a situação de violência doméstica contra a mulher. Por fim, busca-se analisar a existência de políticas públicas no município de São Paulo que garantam o atendimento habitacional, ainda que provisório, às mulheres vítimas de violência doméstica e que tornem mais fácil o acesso destas à moradia, por meio da aquisição de unidade habitacional.

Palavras-chave: Moradia Adequada. Gênero. Políticas Públicas.

Abstract
The central objective of this article is to show how the access to adequate housing by women demands the development and implementation of non-neutral public housing policies, that is, policies that bring into account the discrimination suffered by women which results precisely in greater insecurity and vulnerability to them. Based on international norms and recommendations of the Universal System for the Protection of Human Rights through the UN Special Rapporteur on the Right to Adequate Housing, the Brazilian State is required to draw up and implement public housing laws and policies that consider the particularities of gender discrimination, specially the situation of domestic violence against women. Finally, the aim is to analyze if there are public policies in São Paulo city which guarantee the housing assistance, even if temporary, to women victims of domestic violence and turn it easier for them to gain access to housing through the acquisition.

Keywords: *Adequate housing. Gender. Public Policies.*

Introdução

A discriminação sofrida pelas mulheres em razão do gênero resulta em maior insegurança e vulnerabilidade para estas quanto ao direito de ter uma casa, de ser proprietária ou de exercer a posse justa e exclusiva de um bem imóvel que se destine a ser sua moradia e de sua família.

A maior dificuldade de acesso à terra e a consequente ocupação de imóveis e construção de moradias de modo informal faz com que as mulheres sofram maior exposição a eventuais violações de direitos decorrentes de remoções forçadas. Essa desigualdade, perpetrada pela cultura patriarcal, se torna ainda mais grave em situações de maior desvantagem para a mulher, como quando ela é vítima de violência doméstica, é idosa, é portadora de deficiência física ou mental, é trabalhadora doméstica, é imigrante, dentre outras.

Particularmente nas situações que envolvem violência doméstica, sabe-se que o risco de não ter onde morar com o resto da família, longe do agressor, é um dos fatores que impedem as mulheres de romper o ciclo de violência[1] e configura uma das circunstâncias que nitidamente exige a formulação de políticas públicas específicas para atendimento do ponto de vista habitacional às vítimas, ainda que se trate de atendimento provisório.

Isso significa que em muitos casos a garantia do acesso à moradia adequada pelas mulheres demanda a elaboração e a execução de políticas públicas habitacionais não neutras, ou seja, políticas que levem devidamente em conta a discriminação sofrida pelas mulheres em razão do gênero[2]; bem como que essa garantia é um fator importantíssimo para eliminação da violência contra as mulheres, seja por torna-las menos vulneráveis quando passam a ser proprietárias/possuidoras exclusivas de um imóvel, seja por possibilitar o rompimento da situação de violência doméstica, por meio de uma moradia concedida de forma provisória pelo Estado.

A medida mencionada acima encontra amparo jurídico no âmbito internacional no Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos, cujo marco normativo nesta temática é a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Conforme apontamentos e deliberações expedidos pelos órgãos e mecanismos da ONU, responsáveis pela defesa e proteção dos direitos previstos nas suas Convenções, tem-se que a desigualdade de gênero no âmbito do direito à moradia deve ser combatida pelos Estados signatários, por meio de leis e de políticas públicas afirmativas[3].

No que tange às políticas habitacionais do município de São Paulo, busca-se ao final do presente artigo analisar se as normas existentes observam as especificidades que dificultam o acesso das mulheres à moradia e se priorizaram a garantia desse direito ao grupo em questão como medida afirmativa que objetiva diminuir as desigualdades e combater a discriminação e a violência em razão do gênero.

A discriminação contra a mulher no âmbito na moradia, da terra e da propriedade

Na discussão sobre direito à cidade a partir de uma perspectiva de gênero optou-se por destacar aqui a prioridade da titulação da propriedade ou da concessão de direito real de uso e a

concessão de atendimento habitacional provisório a mulheres que são chefes de famílias e a mulheres que se encontram em situação de especial vulnerabilidade. O debate, claro, é mais amplo e também diz respeito à necessidade de fazer as cidades mais seguras e acessíveis às mulheres através da melhoria dos equipamentos e serviços urbanos, além do acesso à moradia adequada.

A desigualdade de gênero gera em todo o mundo disparidades salariais entre homens e mulheres, além de implicar muitas vezes na relação de dependência econômica destas em relação àqueles, mas também se refere à desigualdade existente nos espaços de decisão, na representação política, o que acaba resultando na ausência ou presença deficitária das mulheres na formulação das políticas públicas, e, em especial, das políticas públicas de habitação.

Por outro lado, segundo dados do governo federal[4], as mulheres brasileiras são responsáveis pelo sustento de 37,3% das famílias, possuem expectativa de vida de 77 (setenta e sete) anos de idade, equivalendo a 51,4% da população brasileira atual. A mulher é, no Brasil, em números, maioria. Entre os eleitores, as mulheres também são maioria, com o Tribunal Superior Eleitoral, em 2014, registrando 77.459.424 eleitoras em face de 68.247.598 eleitores do sexo masculino[5].

A participação minoritária das mulheres na definição da política de ordenamento e ocupação da cidade por certo tem relação com a concentração fundiária masculina, ou seja, com o fato de que a cada 100 proprietários de terra em todo o mundo, apenas 20 são mulheres (Dado da FAO/ONU de 2012)[6].

Além da consequência apontada acima, podemos mencionar outra ainda mais grave que é o fato de que em muitos casos o direito da mulher à moradia adequada depende do acesso à terra e à propriedade, bem como do controle sobre elas. A insegurança da posse causada pela ausência da propriedade de uma casa ou de terras, ou do controle sobre ela, pode dar lugar a consequências graves para as mulheres, uma vez que elas se encontram com reduzida autonomia pessoal e econômica e mais vulneráveis aos abusos e à violência na família, na comunidade e na sociedade em geral.

Portanto, quando o acesso da mulher à moradia, à propriedade ou à terra depende de um terceiro (marido, companheiro, pai, irmão, ou outro parente masculino), as mulheres ficam vulneráveis à perda desse lar, à pobreza e à destituição no caso do fim da relação com esse homem.

Note-se ainda que a precariedade da moradia, do fornecimento de água, de saneamento, transporte público, postos de saúde, creche, etc. afetam mais violentamente as mulheres, uma vez que são estas, ainda hoje, as principais responsáveis pelas tarefas relacionadas ao lar e aos cuidados.

A questão, portanto, é de que a não concretização desse direito tem consequências mais negativas para as mulheres do que para os homens.

A Relatoria Especial para o Direito à Moradia Adequada da ONU reconhece esse fato e destaca que para cada um dos sete elementos que compõem o direito à moradia adequada[7], quais sejam, segurança da posse, habitabilidade, disponibilidade de serviços, infraestrutura e

equipamentos públicos, localização adequada, adequação cultural, não discriminação e priorização de grupos vulneráveis, e custo acessível, existem limitações e consequências específicas para a situação das mulheres e estas merecem tratamento diferenciado[8] pelas políticas públicas desenvolvidas pelos Estados.

Os apontamentos da Relatoria Especial para o Direito à Moradia Adequada da ONU sobre o acesso à moradia pelas mulheres em situação de violência doméstica

A Relatoria Especial para o Direito à Moradia Adequada da ONU foi criada em 2000. Sua função é examinar, monitorar, aconselhar e relatar a situação do direito à moradia no mundo, promover assistência a governos e a cooperação para garantir melhores condições de moradia e estimular o diálogo com os outros órgãos da ONU e organizações internacionais com o mesmo fim.

Ao longo dos anos, inúmeros mecanismos de proteção e defesa dos direitos humanos da ONU chamaram atenção para os efeitos da desigualdade de gênero e discriminação no desfrute das mulheres do direito à moradia adequada. Em 2002, a Comissão das Nações Unidas sobre Direitos Humanos encarregou o primeiro Relator Especial sobre o Direito à Moradia Adequada, o Sr. Miloon Kothari, com a tarefa de reportar a respeito de mulheres e moradia adequada, e decidiu manter a questão da propriedade igualitária, do acesso e do controle das mulheres sobre a terra e os direitos iguais à propriedade e à moradia adequada em sua agenda.

Esse trabalho de monitoramento da situação das mulheres e do acesso à moradia teve continuidade com a segunda Relatora Especial, a arquiteta e urbanista brasileira Raquel Rolnik, nomeada para a função em 2008. Ela iniciou uma consulta mundial na internet sobre mulheres e direito à moradia adequada e, em 2012, ela apresentou os resultados no seu relatório ao Conselho de Direitos Humanos da ONU.

O relatório em questão gerou a publicação pelas Nações Unidas, em 2013, do documento intitulado ‘Mulheres e o direito à moradia adequada’, que abordou todos os anos de trabalho da Relatoria especial da ONU sobre o direito à moradia adequada e buscou verificar quais são os obstáculos que as mulheres em todo o mundo enfrentam para desfrutar este direito de forma eficaz, apontando as conclusões e recomendações do Sistema aos Estados que o integram.

Quanto ao marco normativo internacional, que fundamenta o trabalho da Relatoria mencionado acima, tem-se que o direito à moradia adequada é claramente reconhecido nos instrumentos internacionais de direitos humanos, incluindo a Convenção Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que prevê:

> Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria continua de suas condições de vida. (art. 11.1)[9].

Da mesma forma, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher estabelece:

> Os Estados Partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às ralações familiares e, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão: h) Os mesmos direitos a ambos os cônjuges em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, tanto a título gratuito quanto à título oneroso. (art. 16, 1)[10]

Quanto aos obstáculos à realização do direito à moradia para as mulheres apontados pelos relatores da ONU no documento em questão, um dos principais foi justamente a existência de legislação aparentemente neutra desde o ponto de vista de gênero, que se interpreta e se aplica de forma a desfavorecer e discriminar a mulher.

Ressalta-se que a falta de proteção do direito da mulher a uma moradia adequada pode fazê-la mais vulnerável à violência doméstica. Nesse sentido, os relatores especiais do direito à moradia adequada da ONU destacaram a estreita correlação entre a falta de seguridade da posse e a violência doméstica. Uma mulher sem casa, que vive em situação de rua ou em um abrigo, é muito mais vulnerável à violência, aos abusos, e sua capacidade para cuidar dos filhos, assegurar sua educação, saúde e bem-estar é gravemente afetada.

Como dito anteriormente, as diferenças econômicas entre homens e mulheres são um obstáculo à realização do direito à moradia para as mulheres. Os salários mais baixos para as mulheres para a mesma atividade também impactam na dependência financeira que elas têm de seus companheiros ou familiares e, portanto, limitam sua autonomia. E as consequências dessa questão são mais dramáticas quando se fala de mulheres em situação de violência doméstica: muitas mulheres não conseguem romper com o ciclo da violência porque não têm alternativas economicamente viáveis de moradia[11].

Nesse ponto, o estudo realizado pela OPAS (Organização Pan Americana de Saúde) em países da América Latina e Caribe na década de 1980 sobre a Rota Crítica da Violência Doméstica indica que a falta de garantias sobre ter uma moradia adequada é um dos fatores que inibem as mulheres a tomar decisões no sentido de romper a situação de violência doméstica da qual são vítimas[12]. No estudo, uma das conclusões claras a partir dos depoimentos de mulheres em dez países distintos foi a de que estas se sentem completamente sem respaldo institucional ou legal por parte do Estado quando se diz respeito a fornecer-lhes garantais para que elas possam continuar cuidado dos filhos após a saída da residência comum do casal, como ter um lugar para morar e uma renda mínima para alimentá-los.

Justamente quanto a isso, a Relatoria Especial da ONU cuida em apontar as obrigações dos Estados signatários das Convenções mencionadas acima, quais sejam, a obrigação de tomar medidas apropriadas para tornar plenamente efetivos os direitos sociais, econômicos e culturais, utilizando ao máximo os recursos disponíveis. Nesse ponto, tem-se como possível obstáculo a falta de recursos financeiros. Ainda assim, devem se tomar medidas imediatas para lograr as finalidades previstas nas Convenções[13]. Os Estados devem, portanto, adotar um enfoque de igualdade substantiva no momento de utilizar os recursos públicos e elaborar leis.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher dispõe que a adoção de medidas especiais de caráter temporal voltadas a atingir a igualdade de fato não devem ser entendidas como uma forma de discriminação (art. 4, pár. 1). Pelo contrário,

essas medidas podem ser necessárias e adequadas para reparar consequências da discriminação contra a mulher, também na esfera da moradia.

As políticas públicas habitacionais no município de São Paulo e a perspectiva de gênero

Por fim, pretende-se verificar se e de que modo as políticas públicas habitacionais no município de São Paulo levam em conta a perspectiva de gênero para o fim de combater as desigualdades de acesso à moradia adequada pelas mulheres e também se preveem o atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica.

No tocante às informações sobre as mulheres no município de São Paulo, nos dados disponíveis pelo IBGE sobre o Município, há 5.924.871 mulheres e 5.328.632 homens[14].

A advogada e professora Daniela Campos Libório realizou estudo recentemente por meio do qual buscou justamente verificar a existência de políticas públicas ou de dados relacionados às políticas públicas de habitação do município que fizessem referência às mulheres[15], considerando que a maioria da população é do sexo feminino e considerando as particularidades do contexto político-social e econômico mencionadas anteriormente.

Os dados encontrados por ela diziam respeito apenas ao atendimento para mulheres vítimas de violência, com a indicação dos postos de atendimento pela cidade – dezesseis ao todo. Também foram encontradas informações sobre atendimento para mulheres em situação de rua, com centros de acolhimento só para mulheres e também mistos.

Além da área da saúde, não foram encontrados dados sobre outros setores ou segmentos, no tocante à mulher. Segundo Daniela:

> o que pode estar acontecendo, silenciosa e perigosamente, é um esmagamento das mulheres pobres do Município de São Paulo que não existem sequer nas estatísticas, mas que são as que sustentam suas famílias, seus filhos com recursos mínimos e sem um efetivo acolhimento do Estado (Social).

Fica claro, portanto, como o município de São Paulo não tem considerado as vulnerabilidades específicas das mulheres como discrímen na elaboração de políticas públicas em geral e nem nas relacionadas à moradia adequada. No entanto, existe normativa específica apenas quanto ao atendimento habitacional para a mulher vítima de violência doméstica.

Trata-se de dever do Estado garantir o direito à moradia por intermédio de políticas públicas habitacionais à população vulnerável e a mulher em situação de violência doméstica se mostra em especial vulnerabilidade. Insta salientar também que o art. 9º da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) admite a inclusão da mulher em situação de violência em programas sociais, por prazo determinado, após determinação judicial, como medida de caráter assistência para minorar os efeitos da violência sofrida.

Entre os programas oficias do município de São Paulo de proteção e prevenção à violência contra a mulher, está o denominado ‘Bolsa Aluguel’ ou ‘Locação Social’. Ressalta-se que se trata de atendimento provisório.

A Secretaria Municipal de Proteção à Mulher - SMPM e a Secretaria Municipal de Habitação - SEHAB, em 2013, estabeleceram os critérios de elegibilidade para inclusão das mulheres em situação de violência doméstica e familiar no Programa de Ações de Habitação, na modalidade Aluguel Social, quais sejam: a) estar em atendimento em algum equipamento da SMPM (CCM, CRM e Casa Abrigo) e b) estar em vulnerabilidade social. O fluxo dos procedimentos seria o seguinte: a) avaliação da SMPM quanto ao cumprimento dos critérios; b) encaminhamento de relatório social para a SEHAB, c) análise técnica da SEHAB, segundo as normas do programa de ações para habitação e d) concessão do benefício, de acordo com a portaria 114/2014.

Os demais casos foram regulamentados pela portaria 101/2015 SEHAB.

Posteriormente, houve a publicação de nova normativa que regulamenta o atendimento habitacional provisório no município, qual seja, a portaria 131/2015 – SEHAB, que prevê que dentre as situações que ensejam a concessão de atendimento habitacional provisório está incluída a seguinte: 'família sob chefia de mulher em situação de violência'

Portanto, no município de São Paulo, esta é a única normativa existente sobre o atendimento habitacional provisório a mulheres vítimas de violência doméstica. Contudo, tal medida tem se mostrado insuficiente, pois o próprio executivo municipal suspendeu de forma indiscriminada seus efeitos desde meados de 2016, por razões orçamentárias. Dessa forma, desde então, o atendimento habitacional provisório é negado às mulheres em situação de violência doméstica na capital paulista.

Já quanto ao atendimento habitacional definitivo, no âmbito nacional existem normas que estabelecem a existência de quotas entre os beneficiários e que a escritura dos imóveis de interesse social financiados ou subsidiados pelo Poder Público devem ser feitas, preferencialmente, em nome da mulher.

O Governo federal criou através da lei nº 11.124/2005 mecanismos de quotas para idosos, deficientes e famílias chefiadas por mulheres dentre o grupo identificados como o de menor renda. conforme redação da lei transcrita a seguir:

> Lei 11.124/05. Art. 4º A estruturação, a organização e a atuação do SNHIS devem observar:
>
> II – as seguintes diretrizes:
>
> h) estabelecer mecanismos de quotas para idosos, deficientes e famílias chefiadas por mulheres dentre o grupo identificado como o de menor renda da alínea "a" deste inciso.

Já o art. 23, parágrafo 1º, inciso VI, da Lei 11.124/05 (SNHIS) e o art. 35 da Lei nº 11.977/09, preveem que "os contratos celebrados e os registros cartorários deverão constar, preferencialmente, no nome da mulher":

> Lei 11.124/05. Art. 23. Os benefícios concedidos no âmbito do SNHIS poderão ser representados por:
>
> § 1º Para concessão dos benefícios de que trata este artigo serão observadas as seguintes diretrizes:
>
> VI – para efeito do disposto nos incisos I a IV do caput deste artigo, especificamente para concessões de empréstimos e, quando houver, lavratura

> de escritura pública, os contratos celebrados e os registros cartorários deverão constar, preferencialmente, no nome da mulher.
>
> Lei 11.977/09. Art. 35. Os contratos e registros efetivados no âmbito do PMCMV serão formalizados, preferencialmente, em nome da mulher.

Posteriormente, em 2012, houve a inclusão de regras para partilha de imóveis financiados no âmbito do PMCMV e da ausência de necessidade de outorga do cônjuge quando a beneficiária final da unidade habitacional seja mulher chefe de família, nos seguintes termos:

> Art. 35-A. Nas hipóteses de dissolução de união estável, separação ou divórcio, o título de propriedade do imóvel adquirido no âmbito do PMCMV, na constância do casamento ou da união estável, com subvenções oriundas de recursos do Orçamento-Geral da União, do FAR e do FDS, será registrado em nome da mulher ou a ela transferido, independentemente do regime de bens aplicável, excetuados os casos que envolvam recursos do FGTS. (Incluído pela Mediada Provisória nº 561, de 2012)
>
> Parágrafo único. Nos casos em que haja filhos do casal e a guarda seja atribuída exclusivamente ao marido ou companheiro, o título da propriedade do imóvel será registrado em seu nome ou a ele transferido. (Incluído pela Mediada Provisória nº 561, de 2012)
>
> Art. 73-A. Excetuados os casos que envolvam recursos do FGTS, os contratos em que o beneficiário final seja mulher chefe de família, no âmbito do PMCMV ou em programas de regularização fundiária de interesse social promovidos pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, poderão ser firmados independentemente da outorga do cônjuge, afastada a aplicação do disposto nos arts. 1.647 a 1.649 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). (Redação dada pela Lei nº 12.693, de 2012)
>
> § 1º O contrato firmado na forma do caput será registrado no registro de imóveis competente, sem a exigência de documentos relativos a eventual cônjuge. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)
>
> § 2º Prejuízos sofridos pelo cônjuge por decorrência do previsto neste artigo serão resolvidos em perdas e danos. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

A existência da portaria municipal e das leis mencionadas acima ainda representa muito pouco no que diz respeito ao combate às desigualdades de gênero no acesso à moradia adequada, mas sem dúvida são exemplos da ainda incipiente adoção pelo Estado brasileiro, tanto no âmbito do município de São Paulo quanto no da União, de políticas públicas afirmativas, que vão ao encontro das recomendações da Relatoria Especial do Direito à Moradia Adequada da ONU quanto à especial situação das mulheres. A legislação existente é claramente insuficiente para alcançar a igualdade substancial entre homens e mulheres, de modo que a política pública na área de habitação urge ser revista e aprimorada nesse ponto sensível.

Conclusão

Diante dos apontamentos feitos, conclui-se ser inegável que a garantia do direito das mulheres à moradia adequada exige atenção internacional, nacional e local contínua e está relacionado de forma mais ampla com a obrigação do Estado de eliminar todas as formas de discriminação por razões de gênero.

A política pública habitacional desenvolvida em todas as esferas da federação não pode se mostrar alheia à realidade de discriminação de gênero, sob pena de aprofundar suas causas e consequências. Portanto, medidas que ampliem o acesso à moradia adequada para as mulheres nos termos expostos acima se mostra essencial para o combate efetivo à situação de especial vulnerabilidade das mulheres vítimas de violência doméstica.

Referências

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. La Mujer y el derecho a uma vivenda adecuada. Naciones Unidas Derechos Humanos. Alto Comisionado. New York y Ginebra, 2012. In http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.11.2_sp.pdf

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO URBANÍSTICO – IBDU. Direito à cidade: uma visão por gênero. São Paulo, IBDU, 2017.

MENEGHEL, Stela Nazareth. Rotas Críticas de mulheres em situação de violência: depoimentos de mulheres e operadoras em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. Cad Saúde Pública, Rio de Janeiro, 27(4):743-752, abr, 2011.

ROLNIK, Raquel (Coord). Como fazer valer o direito das mulheres à moradia adequada? In https://raquelrolnik.files.wordpress.com/2011/12/guia-mulheres-pt_ok.pdf

SAGOT, Montserrat. GUIDO, Lea (Coord.). Ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar em América Latina (Estudios de caso de diez países). Organización Panamericana de la salud, 2000.

[1] SAGOT, Montserrat. GUIDO, Lea (Coord.). Ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar em América Latina (Estudios de caso de diez países). Organización Panamericana de la salud, 2000.

[2] ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. La Mujer y el derecho a uma vivenda adecuada. Naciones Unidas Derechos Humanos. Alto Comisionado. New York y Ginebra, 2012. In http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.11.2_sp.pdf

[3] ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. La Mujer y el derecho a uma vivenda adecuada. Naciones Unidas Derechos Humanos. Alto Comisionado. New York y Ginebra, 2012. In http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.11.2_sp.pdf

[4] Disponível em: http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/mulheres-sao-maioria-da-populacao-e-ocupam-mais-espaco-no-mercado-de-trabalho

[5] Disponível em: http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/mulheres-sao-maioria-da-populacao-e-ocupam-mais-espaco-no-mercado-de-trabalho

[6] Disponível em: www.fao.org/docrep/012/al059e/a1059e00.pdf

[7] Comentário Geral nº 4, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, sobre o conteúdo do direito à moradia adequada - artigo 11.º, n.º 1 do Pacto (1991).

[8] ROLNIK, Raquel (Coord). Como fazer valer o direito das mulheres à moradia adequada? Disponível em: https://raquelrolnik.files.wordpress.com/2011/12/guia-mulheres-pt_ok.pdf

[9] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm

[10] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm

[11] ROLNIK, Raquel (Coord). Como fazer valer o direito das mulheres à moradia adequada? Disponível em: https://raquelrolnik.files.wordpress.com/2011/12/guia-mulheres-pt_ok.pdf

[12] Esse trecho ressalta bem a questão: *La inseguridad económica y la falta de recursos materiales también han jugado un papel importante en detener las decisiones y acciones de muchas de las entrevistadas. De hecho, la mayoría de las informantes de esta investigación carecían de autonomía económica, lo que ha sido un obstáculo cuando han querido buscar ayuda fuera de su ámbito doméstico y familiar. Muchas también se ven imposibilitadas de dejar su casa y a sus maridos, ya que no cuentan con ingresos mínimos para alimentar a sus familias o con alternativas habitacionales y, mucho menos, con recursos para iniciar trámites legales. Uno de los recursos más preciados para un número importante de las entrevistadas es la casa, pues este espacio es el punto de partida para organizar y reorganizar la vida. La perspectiva de no tener un techo o recursos básicos para la supervivencia desestimula los procesos de toma de decisiones de muchas de las afectadas. Es decir, las mujeres saben que difícilmente conseguirán respaldo legal o institucional para garantizar el sustento de sus hijos e hijas, por lo que el aporte del agresor al hogar, por limitado que sea, resulta imprescindible. Perder su espacio habitacional o los aportes del marido las coloca en una condición muy precaria*. In SAGOT, Montserrat. GUIDO, Lea (Coord.). Ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar em América Latina (Estudios de caso de diez países). Organización Panamericana de la salud, 2000.

[13] Comentário Geral n.º 16 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, sobre a igualdade de direitos dos homens e mulheres ao gozo de todos os direitos económicos, sociais e culturais – artigo 3.º do Pacto (2005).

[14] Disponível em: https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/

[15] LIBÓRIO, Daniela Campos. Mulher e o município de São Paulo: digressões sobre as políticas públicas municipais. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO URBANÍSTICO – IBDU. Direito à cidade: uma visão por gênero. São Paulo, IBDU, 2017.

A PEC do Cavalo de Tróia como arma contra as mulheres

The Proposed constitutional amendment of the Trojan Horse as a weapon against women[1]

Ana Rita Souza Prata e Paula Sant'Anna Machado de Souza
Defensoras Públicas Coordenadoras do Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública de São Paulo
aprata@defensoria.sp.def.br
psamsouza@defensoria.sp.def.br

Resumo

Esse artigo tem como objetivo analisar a PEC 181/15. O texto original da proposta, de autoria do senador Aécio Neves, tinha como objetivo ampliar o direito à licença-maternidade da mãe caso o bebê nascesse prematuro, aumentando o período de afastamento da genitora de 120 (cento e vinte dias) para até 240 (duzentos e quarenta) dias. Contudo, a comissão especial da Câmara, no dia 08/11/2017, por 18 votos a 1, além de aprovar o texto principal da proposta inseriu modificações realizadas pelo deputado Jorge Tadeu Mudalen. Nesse novo texto Mudalen estabelece que o princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia de inviolabilidade do direito à vida deverão ser respeitados desde a concepção, ou seja, a partir do momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozoide. Assim haveria uma brecha legal para proibir a realização de aborto mesmo nas hipóteses já autorizadas por lei. Por usar o projeto sobre licença-maternidade para tratar de aborto, a PEC foi apelidada por movimentos sociais de "Cavalo de Troia".

Palavras-chave: PEC 181/15. Mulheres. Proibição aborto legal.

Abstract

This article aims to analyze PEC 181/15. The original text of the proposal, authored by Senator Aécio Neves, aimed at increasing the right to maternity leave of the mother if the baby was born premature, increasing the period of leave of the mother of 120 (one hundred and twenty) days to 240 (two hundred and forty) days. However, a special committee of the Chamber, on 08/11/2017, by 18 votes to 1, in addition to approve the main text of the proposal inserted modifications made by Congressman Jorge Tadeu Mudalen. In this new text Mudalen establishes the principle of the dignity of the human person and a guarantee of inviolability of the right to life, it is valid for a conception, that is, from the moment the ovum is fertilized by the spermatozoid.
Thus there would be a legal loophole to prohibit abortion even in cases already authorized by lawThrough the use of the maternity leave project to treat abortion, a PEC was nicknamed by "Trojan Horse" social movements.

Keywords: *PEC 181/15. Women. Prohibition legal abortion.*

O Cavalo de Troia

O episódio histórico em que os gregos enganam os troianos dando aos mesmos um cavalo de madeira gigante, fazendo com que eles abrissem as portas para os inimigos escondidos, foi retratado em literatura e filmes. Todos conhecem o "Cavalo de Tróia".

Assim é chamada a PEC 181, atualmente em discussão na Câmara dos Deputados, pois foi apresentada no meio do processo legislativo e tratando de tema diverso do projeto, proposta de inclusão no seu texto, a vida como inviolável "desde a concepção". Se aprovada a proposta dessa forma sugerida, abortos permitidos em lei há quase 80 anos serão criminalizados, além de ser proibida fertilização *in vitro* ou pesquisas com células tronco embrionárias.

A PEC 181/2015, de autoria do Senador Aécio Neves (PSDB/MG), apensada à PEC 58/2011 – com o mesmo teor – tratava inicialmente da ampliação da licença maternidade, estendendo este período para até 240 dias para mães de recém-nascidos prematuros, alterando então, o inciso XVIII do artigo 7º da Constituição.

A proposta já foi analisada e aprovada no Senado, sendo enviada à Câmara, cuja Comissão de Constituição de Justiça (CCJ) também votou de forma favorável. Após isso, foi enviada a Comissão Especial criada para avaliar essa proposta. Cumpre observar que foram realizadas audiências públicas no âmbito da Comissão Especial, todas com argumentos favoráveis ao projeto que seria apresentado.

Assim, ao texto original foi apresentado um substitutivo pelo Relator, Deputado Jorge Tadeu (DEM/SP), em agosto desse ano, no qual duas novas alterações seriam feitas na Constituição Federal, especificamente nos artigos que tratam da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e direito à vida (art. 5º, *caput*), com intuito de acrescentar, em ambas, a expressão "desde a concepção".

Pela justificativa do substitutivo fica clara a intenção de que essa alteração constitucional passe a interferir, e até mesmo impedir, o exercício dos Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos das Mulheres, com especial destaque ao objetivo de proibir aborto em qualquer hipótese.

O legislador de 1940 inseriu duas hipóteses, no Código Penal, em que o aborto, que é crime no Brasil, poderia ser realizado, quais sejam, em caso de gestação decorrente de estupro e quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. A essas previsões legais se somou, recentemente, em 2012, por decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF 54) antecipação do parto em casos de anencefalia do feto.

O texto da PEC, com o substitutivo, foi aprovado pela Comissão Especial da Câmara com 18 votos contra um na primeira sessão, sendo a segunda suspensa após manifestação do Movimento de Mulheres.

Cumpre relembrar a outros projetos que trazem os mesmos objetivos, como os conhecidos "Estatuto do Nascituro" (PL 478/2007) e PL 5069/13, além de outras PEC com idêntico conteúdo e mesmo objetivo, que são a PEC 164/2012, de autoria de Eduardo Cunha, e PEC 29/2015, de autoria do senador Magno Malta (PR/ES).

Os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres

Tais tópicos são constantemente ameaçados, sendo que atual legislatura do Congresso Nacional tem sido bastante enfática em impedir qualquer avanço da pauta da legalização do aborto no Brasil, visando, até mesmo, retroceder a legislação atual e criminalizar o aborto em todos os casos.

O substitutivo da PEC 181 trouxe proposta em alterar duas normas constitucionais até então não tratadas no projeto inicial. De fato, a PEC 181 originalmente propunha aumento de tempo de licença maternidade em casos de nascimentos prematuros. O substitutivo visa garantir direito à vida desde a concepção.

A Lei Complementar 95/1998, que regulamente o artigo 59, parágrafo único[2], da Constituição, descreve em seu artigo 7º que "primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação", contendo como princípio que no texto da lei não deve ter conteúdo diverso do seu objeto, o que ocorre no caso em comento. Assim, há um vício formal no substitutivo da PEC 181, por afronta ao artigo 7º, da LC n.º 95/98, não devendo ser ele aprovado.

Com relação ao mérito, deve-se compreender que o texto da PEC fere cláusula pétrea, descritas no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, especificamente que trata dos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV).

De fato, o texto constitucional infere como cláusulas pétreas normas que tendem "abolir direitos e garantias individuais", sendo claramente a consequência no caso de aprovação da PEC 181, com seu substitutivo. Não há qualquer violação no caso do texto original.

Logo, o atual texto da PEC 181 viola o artigo 5º, *caput,* e inciso X, CF,que compreendem a proteção da realização da própria vida sem intervenções de terceiros e do Estado, e também o artigo 5º, VI da CF, que prevê a natureza laica.

O que diz a Constituição

Em seu artigo 1º, inciso III, que 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 fundamento a dignidade da pessoa humana.

Um dos desdobramentos nucleares do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é precisamente a autodeterminação corporal que constitui uma das formas de exercício da autonomia individual da vontade, que – para que se faça plena – deve ser resguardada frente a supostos interesses coletivos.

Nesta perspectiva, considera-se vedada a coisificação do indivíduo, que restaria corrompido, caso a esfera privada individual fosse gerida pelo Estado.

Ressalte-se que, em se tratando de aborto relativo à gravidez decorrente da prática de estupro, aborto de fetos anencefálicos ou que represente risco à vida da mulher, as normas jurídicas vigentes permitem que a gestante decida se deseja ou não fazer o aborto, deixando a

seu critério, como titular da própria integridade física e do próprio corpo, a decisão, cujas consequências interferem direta e fisicamente em sua vida privada.

Se, mesmo diante do crime de estupro contra si praticado, a mulher deliberar dar à luz, ela o estará fazendo conscientemente, amparada pela lei e, evidentemente, assistida pelo Estado. Mas tem em suas mãos o poder de decidir.

Assim, no Estado Democrático de Direito, há que se assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais, mas não só. Nos termos do artigo 5º, § 2º, da mesma Constituição Federal, os Direitos Humanos expressos em instrumentos internacionais que o Brasil seja parte também integram o leque de direitos e garantias individuais proibidos de extinção por emendas constitucionais.

Com efeito, de acordo com a OMS, *saúde* é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não se restringindo, portanto, a ausência de enfermidades. A saúde sexual e a saúde reprodutiva estão claramente inseridas nesse conceito amplo.

A saúde reprodutiva foi o primeiro desses dois aspectos a ser elevado à categoria de direito individual. Desde a revolução sexual, nas décadas de 1950 e 1960 – com a descoberta da pílula anticoncepcional – o direito à liberdade e autonomia da mulher é pauta dos movimentos feministas.

No entanto, apenas no ano de 1994, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, houve avanço no compromisso dos Estados em garantir tais direitos.

Vejamos o previsto artigo 7.2, do Capítulo VII, da Plataforma de Cairo[3]

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

A saúde sexual, até então era considerada um aspecto da saúde reprodutiva. Apenas na década de 1990, com o fortalecimento dos movimentos de direitos LGBT, passou-se a compreender que esse é um direito fundamental autônomo em relação ao direito reprodutivo.

De toda sorte, hoje é clara a noção de que ambos são Direitos Humanos, integrando todas as dimensões desses direitos, que podem ser exercidos de forma autônoma apesar de estarem intimamente conectados.

Pois bem, após Cairo, diversos organismos de garantia de Direitos Humanos das Mulheres fizeram relatórios e recomendações sobre esses direitos, especificamente, em alguns deles, sobre aborto, sempre tratando numa perspectiva de garantia de direito das mulheres.

No que se refere ao direito à vida, por outro lado, a Constituição da República, no *caput* do art. 5º, consagra o direito à vida, sem estabelecer, entretanto, que essa proteção se daria desde a concepção. Aliás, esse é justamente objeto da proposta de alteração.

Na justificativa do susbtitutivo a Convenção Americana de Direitos Humanos é citada, mais especificamente o artigo 4.1, que estabelece que "*toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção"*.

Num primeiro momento, poderiam afirmar que não haveria alteração no ordenamento jurídico brasileiro, já que o Brasil ratificou a convenção, integrando-a às normas brasileiras. Contudo, a interpretação desse artigo pela Corte Interamericana de Direitos Humanos deixa claro que ele não serve para justificar retirada de direitos dos indivíduos.

Em recente caso[4], a Corte Interamericana de Direitos Humanos, interpretou o artigo 4.1 da Convenção Americana através de um patamar hermenêutico diverso. Até então, o direito à vida era valorado tão somente como obrigação estatal, negativa ou positiva (*proibição de privar alguém de sua vida arbitrariamente e obrigação de se proteger e preservar esse direito*).

De modo diverso, no caso analisado, a Corte objetivou interpretar a extensão do direito à vida desde a concepção, definindo – inicialmente – que não há concepção de forma independente do corpo da mulher.

Ainda, em interessante análise interpretativa sistemática e histórica, a Corte recriou as discussões em torno desse dispositivo quando de sua criação, além de como ele deve ser observado a partir do artigo 1º da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem[5], chegando à conclusão de que não era intenção elevar o embrião ao *status* de pessoa.

Na verdade, a concepção é juridicamente protegida porque se pretende proteger a mulher grávida, já que aquela ocorre dentro do corpo desta, ou seja, a proteção do nascituro se realiza através da proteção da mulher.[6]

Direito à vida e a jurisdição da Corte IDH

Percebe-se, portanto, que o direito à vida desde a concepção não é absoluto quando em conflito com outros direitos previstos no mesmo documento e já garantidos em precedentes emanados por órgãos constitucionais de diversos países.

Assim, o art. 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos garante o direito à vida desde a concepção, sem, entretanto, que isso possa eliminar ou reduzir os direitos

fundamentais da mulher gestante, sendo que, em caso de conflitos de direitos fundamentais, o direito da mulher, essa sim com *status* de pessoa, deve prevalecer.

O Brasil se submeteu à jurisdição da Corte IDH, devendo, assim, aplicar as normas previstas nos instrumentos de garantia de direitos, mas também sua jurisprudência, sob pena de violar a norma por não garantir sua efetividade.

Assim, por mais que a PEC 181 introduza o preceito de inviolabilidade da vida desde a concepção, dever-se-ia entender com base no decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, qual seja, a concepção do nascituro não elimina ou reduz os direitos fundamentais da mulher gestante.

E essa interpretação não protege apenas as mulheres que não desejam manter suas gestações, mas aquelas que desejam ser mães e dependem, para isso, da tecnologia, como fertilização *in vitro*.

Se prevalecer a ideia de que a vida é absoluta desde a concepção, entendida essa como fecundação, a fertilização *in vitro* passará também a ser proibida. Num procedimento como este, dezenas de óvulos são fecundados, porém apenas alguns serão introduzidos na mulher de modo que os outros são descartados.

O Supremo Tribunal Federal já se debruçou sobre isso no julgamento da ADI 3510, que tratava da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), que tratava da possibilidade de pesquisas com células tronco embrionárias, ficando permitida essa prática, afastando, portanto, a compreensão de direito à vida desde a concepção.

Segundo dados de 2016 do Ministério da Saúde, diariamente, 4 mulheres morrem em hospitais do país por conta de complicações do aborto inseguro, com mais de 124 mil internações por consequências da interrupção da gravidez, devendo esse problema ser enfrentado em diferente perspectiva, diversa da marginalizante.

Referências

http://camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075449

https://www.cartacapital.com.br/politica/camara-vota-pec-que-pode-vetar-aborto-em-qualquer-caso

http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2017/12/06/interna_politica,645992/comissao-suspende-votacao-de-destaques-a-pec-181-2015.shtml

https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/11/10/O-que-diz-a-PEC-181.-E-qual-seu-impacto-sobre-o-aborto-leg

[1] Artigo publicado originalmente no site http://justificando.cartacapital.com.br/2017/11/23/pec-do-cavalo-de-troia-como-arma-contra-as-mulheres/ em novembro de 2017.

[2] Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I – emendas à Constituição;

II – leis complementares;

III – leis ordinárias;

IV – leis delegadas;

V – medidas provisórias;

VI – decretos legislativos;

VII – resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

[3] Princípio retirado da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plataforma de Cairo, no qual o Brasil estava representado.

[4] Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica.

[5] Artigo I. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.

[6] A decisão analisa, ainda, documentos de proteção de Direitos Humanos do Sistema Universal, Europeu e Africano, não limitando sua decisão aos documentos regionais

A criminalização do feminicídio no Brasil, direitos humanos das mulheres, princípio da proporcionalidade e direito penal mínimo[1]

The criminalization of feminicide in Brazil, the human rights of women, the principle of proportionality and minimum criminal law

Mônica de Melo
Defensora Pública do Estado de São Paulo
monicademel@gmail.com

Resumo
Aborda-se a criação do feminicídio, no Brasil, pela lei 13.104 de 9 de março de 2015, a partir de uma perspectiva de direitos humanos das mulheres, princípio da proporcionalidade e direito penal mínimo. Defende-se que a criminalização do feminicídio insere-se no contexto da obrigação internacional e interna assumida pelo Brasil, ao ratificar a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), de garantir às mulheres e meninas o direito à uma vida livre de violência. No âmbito interno igualmente dispõe a Constituição Federal de 1988 que o Estado deve criar mecanismos de combate à violência doméstica, cenário preponderante de ocorrências dos feminicídios. Argumenta-se que a criminalização atende o princípio constitucional da proporcionalidade, bem como os parâmetros do Direito Penal Mínimo.

Palavras-chave: 1. Feminicídio 2. Proporcionalidade 3. Direito Penal Mínimo.

Abstract
The creation of feminicide in Brazil is approached by Law 13.104 of March 9, 2015, from a perspective of women's human rights, principle of proportionality and minimum criminal law. It is argued that the criminalization of feminicide is part of the international and internal obligation assumed by Brazil, by ratifying the Convention to Prevent, Punish and Eradicate Violence against Women (Convention of Belém do Pará), to guarantee women and girls the right to a life free of violence. Domestically, the Federal Constitution of 1988 also provides that the State must create mechanisms to combat domestic violence, a preponderant scenario of occurrences of feminicide. It is argued that criminalization complies with the constitutional principle of proportionality, as well as the parameters of Minimum Criminal Law.

Keywords: *1. Feminicide 2. Proportionality 3. Minimum Criminal Law.*

Introdução

No dia 26 de março de 2015 a 30km do centro da cidade de São Paulo morria assassinada, pelo namorado, uma jovem de 16 anos. O casal se encontrou na casa dele e após manterem relações sexuais o namorado lhe "deu uma gravata" quando saia do banheiro. Ao constatar que estava morta a decapitou e guardou sua cabeça numa mochila. O restante do corpo foi amarrado e enrolado num edredom e escondido na própria casa. Após alguns dias a casa passou a cheirar mal em virtude da decomposição do corpo. Diante da reclamação do irmão que morava na mesma casa quanto a um mal cheiro, o namorado retirou o corpo e o jogou numa viela no mesmo bairro.

Quando o corpo foi encontrado resolveu se entregar numa Delegacia de Polícia levando a cabeça na mochila, exibindo-a como um "troféu" para comprovar seu feito diante das autoridades.

Os dois namoravam há cerca de um ano e segundo relato de amigos e familiares o relacionamento era bastante conturbado por ciúmes dele. Ela estava grávida de 6 (seis) meses. No dia do assassinato discutiram pois ele acreditava que a criança não era dele e após ver sua carteira de saúde verificou que a última menstruação dela coincidia com um período em que estavam brigados e separados. Segundo ele ela lhe teria confessado que teria tido relações sexuais com um amigo dele na véspera de Natal e na véspera do Ano Novo.

O rapaz chegou a publicar em uma rede social a cabeça decapitada da jovem com a legenda: "Traição dá nisso... mentiras... Odeio" (A Folha de São Paulo, 2015).

Esse caso chocante de noticiário não é isolado e vem sendo analisado, estudado e teorizado a partir do que se convencionou chamar de "violência doméstica", "violência contra a mulher", "violência ocorrida no espaço privado", "violência de gênero", "violência intrafamiliar". É um tipo de violência que afeta especificamente as mulheres, por serem mulheres, encontrando no patriarcado, no machismo, no sexismo, na misoginia seu substrato mais forte. São as relações desiguais e assimétricas entre os gêneros que favorecem senão estimulam a violência contra a mulher.

Ao trabalhar com os conceitos de violência doméstica e violência intrafamiliar, Heleieth Saffioti (1997, p. 39), a partir de um paralelo que traça entre a organização de um galinheiro, no qual impera a "ordem das bicadas" e o galo mais forte enfrenta os rivais e domina as galinhas e a organização das famílias, igualmente baseada na força, na qual o homem adulto é o "chefe da casa", paga as contas e define o destino da mulher e dos filhos, traça distinções interessantes para que possamos compreender a violência doméstica. Ou seja, o território de cada galo é demarcado geograficamente. Se uma galinha fugir o galo não a segue, pois ela deixa de pertencer ao território dele. Com os seres humanos o território é simbólico. Quando há uma separação muitas vezes, o homem passa a perseguir a mulher, ou seja, para ele a relação continua existindo, pelo menos simbolicamente, o que pode levá-lo a atos caracterizáveis como sendo de violência doméstica, ainda que praticados fora da residência da família. Dessa forma, o território onde se dá a violência doméstica é um território simbólico. Já a violência intrafamiliar, que se dá em razão das relações de parentesco consanguíneo e/ou afins, pode não ser caracterizada como violência doméstica, por ter ocorrido fora daquele território simbólico.

É o que ocorre no caso relatado no início desse texto. A violência que acarreta a morte da adolescente grávida de 16 anos demonstra que na relação afetiva existente entre o casal, o jovem que a matou sentia-se "proprietário" da sexualidade da jovem e da sua própria vida. Há um certo "justiciamento" na justificativa apresentada pelo rapaz: ou seja, a "traição" da pessoa que era sua propriedade (objeto) justificaria, a seu ver, que pagasse com a própria vida, dando-lhe o direito de exibir sua cabeça ("o troféu") por ter sido capaz de dar-lhe a lição merecida.

A respeito da violência doméstica ser ou não uma "questão menor", da "órbita privada", Leila Linhares Barsted (1997, p. 73-84) menciona, com muita propriedade, que:

> pensar que a violência conjugal não ameaça a ordem é esquecer que, quando um indivíduo está imbuído do papel de justiceiro ao agredir ou matar sua mulher, porque ela deixou de fazer a comida, não chegou cedo em casa, enfim resolveu desobedecê-lo, esse indivíduo está difundindo um modelo perigoso à ordem pública. A pouca importância dada aos crimes cometidos no espaço doméstico pode levar ao entendimento de que existe uma lei privada, uma lei interna às famílias que permite que pais castiguem filhos até a brutalidade e que maridos e companheiros castiguem suas mulheres porque elas não corresponderam ao papel de esposas ou de mães tradicionais. Esses homens que fazem e aplicam essa lei privada são os famosos "justiceiros"...

O Mapa da Violência de 2014 (Waiselfisz, 2014) aponta que entre 1980 e 2012 a taxa de homicídios de mulheres passa de 2,3 para 4,8 homicídios por 100 mil habitantes - um crescimento de 111%. Ao comparar os dados do Brasil com outros países, o documento ressalta os elevados índices brasileiros, em geral, considerando mortes de homens e mulheres. E que, se em anos anteriores já esteve em situação ainda menos confortável, encabeçando as listas de países com maior número de mortes ou ocupando um dos três primeiros lugares, sua queda para o sétimo lugar nas taxas referentes à população total deve-se mais a uma forte eclosão da violência em alguns países, especialmente da América Central, do que a quedas em seus próprios índices. O documento identifica, ainda, que os países da América Latina e Caribe, destacam-se pelos seus elevados índices de violência homicida[2] [3].

A atualização do Mapa da Violência de 2012, específica sobre homicídio de mulheres no Brasil, destaca, em suas considerações finais e a partir da análise do último Relatório sobre o Peso Mundial da Violência Armada, que os feminicídios geralmente ocorrem na esfera doméstica e em pouco menos da metade dos casos, o perpetrador é o parceiro ou ex-parceiro da mulher. Relata, também, que altos níveis de feminicídio frequentemente são acompanhados e, em alguns casos, resultado de elevados níveis de tolerância à violência contra as mulheres.

Os dados existentes permitem perceber que o feminicídio ocorre majoritariamente no espaço privado e o agressor, normalmente, tem ligação atual ou anterior com a vítima. Portanto, o contexto é o da violência doméstica e familiar.

É em virtude desse contexto e de outros dados que se justifica plenamente a adoção de proteção particularizada para a mulher, que assume com nitidez o perfil de grupo vulnerável na sociedade, já que majoritariamente é morta por ser mulher, por ser sua vida considerada de menor valia no contexto das relações sociais de gênero, por sua morte se dar no espaço em que deveria se sentir mais segura, por haver um controle maior sobre seu corpo, sexualidade, liberdade e autonomia e por ser fruto da desigualdade e da discriminação de gênero.

Esse tipo de violência tem forte componente discriminatório contra a mulher. É um tipo de violência que se funda nas relações assimétricas e desiguais de gênero e poder próprias de sociedades ainda com fortes traços patriarcais. A luta contra a violência às mulheres tem como suportes normativos internacionais a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres - Convenção CEDAW da ONU, de 1979 e ratificada pelo Brasil em 1984, e, em nossa região, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), aprovada pela OEA, em 1994.

O Comitê CEDAW, órgão das Nações Unidas responsável pelo monitoramento da Convenção CEDAW, e pelo recebimento de denúncias de sua violação tem feito um incessante trabalho no sentido de demonstrar que a violência contra a mulher é uma forma de discriminação e que, portanto, fere diretamente a Convenção.

A criminalização recente do feminicídio, no Brasil, através da lei 13.104 de 9 de março de 2015 vem ao encontro da necessidade de tratamento especializado dessa forma de homicídio que atinge especificamente as mulheres, por serem mulheres e do dever de implementar, no âmbito interno, as referidas convenções internacionais.

No âmbito das políticas criminais tal inovação vai encontrar oposição daqueles identificados com as correntes de menor ou nenhuma intervenção do Direito Penal nos conflitos sociais ou daqueles contra o uso do Direito Penal de forma simbólica.

Esse artigo pretende dialogar com essas correntes de pensamento, uma vez que se reconhece que a criminalização de condutas é medida que, por si só, não resolve a criminalidade. E que o encarceramento em massa, como se tem feito no Brasil, seleciona os jovens homens, pretos e pobres. Tampouco a crescente demanda por criminalização de condutas não transformará necessariamente as relações sociais de gênero que inferiorizam a mulher e admitem sua morte porque "rompeu com o namorado", "teve relações sexuais com outro homem" etc.

Porém, o feminicídio se insere num espectro de proteção da própria vida das mulheres e num grau de gravidade que se entende compatível com o princípio da proporcionalidade tal como engendrado pelos constitucionalistas na análise da constitucionalidade das restrições de direitos fundamentais e dos penalistas na utilização do Direito Penal para a criminalização de condutas.

Trata-se de demonstrar a hipótese de que a maior restrição do direito à liberdade advinda com a criminalização do feminicídio é proporcional e compatível com a proteção do direito à uma vida livre de violência das mulheres. E que a nova criminalização se compatibiliza com as necessidades do Direito Penal Mínimo e Garantista, bem como com as obrigações de tipificar que o Brasil assumiu ao ratificar os tratados de direitos humanos das mulheres.

Violência contra a mulher e discriminação de gênero

O direito a uma vida livre de violência é um direito fundamental das mulheres na esfera pública e privada segundo a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a

Violência contra a Mulher (OEA-1994), ratificada pelo Brasil (art. 3º). Também a Constituição Federal em seu artigo 226, parágrafo 8º determina que o Estado deve criar mecanismos para coibir a violência no âmbito da família, protegendo seus integrantes. A lei 11.340 de 7 de agosto de 2006 ao regulamentar a Constituição nesse aspecto reitera o direito das mulheres a viver sem violência e estabelece que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos (arts 2º e 6º).

As estudiosas americanas dos direitos da mulher, Elizabeth A. H. Abi-Mershed e Denise L. Gilman (1997, p. 162) assinalam que uma área prioritária nos direitos humanos é assegurar o direito que a mulher tem de estar livre de todo tipo de violência. E apenas nas últimas décadas tem sido explorada a extensão da violência própria de gênero, especialmente quando perpetrada por atores privados, no âmbito da competência do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Como vimos, essa violência ocorre principalmente no âmbito doméstico, no contexto intrafamiliar. Porém, o Brasil, ao ratificar a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, expressamente condena a discriminação contra a mulher em todas as suas formas e concorda em adotar, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher. Sem essas políticas públicas, às mulheres não será possível alcançar uma vida livre de violência e de feminicídio – sem morte de mulheres pelo fato de serem mulheres.

Ao trabalhar com os conceitos de violência doméstica e violência intrafamiliar, Heleieth Saffioti (1997, p. 39) traça distinções interessantes para que possamos compreender a violência doméstica, baseando-se na metáfora entre a organização de um galinheiro - no qual impera a "ordem das bicadas", em que o galo mais forte enfrenta os rivais e domina as galinhas e a organização das famílias - e a organização da família tradicional patriarcal, igualmente baseada na força, na qual o homem adulto é o "chefe da casa", paga as contas e define o destino da mulher e dos filhos. Explicando melhor, o território de cada galo é demarcado geograficamente: se uma galinha fugir o galo não a segue, pois ela deixa de pertencer ao território dele.

Com os seres humanos, ensina Saffioti, o território é simbólico. Quando há uma separação, muitas vezes, o homem passa a perseguir a mulher, ou seja, para ele a relação continua existindo, pelo menos simbolicamente, o que pode levá-lo a atos caracterizáveis como sendo de violência doméstica, ainda que praticados fora da residência da família. Dessa forma, o território onde se dá a violência doméstica é um território simbólico. Já a violência intrafamiliar, que se dá em razão das relações de parentesco consanguíneo e/ou afins, pode não ser caracterizada como violência doméstica, por ter ocorrido fora daquele território simbólico.

Ainda a respeito da violência doméstica ser ou não uma "questão menor", da "órbita privada", Leila Linhares Barsted (1997, p. 73-84) menciona com muita propriedade que:

> pensar que a violência conjugal não ameaça a ordem é esquecer que, quando um indivíduo está imbuído do papel de justiceiro ao agredir ou matar sua mulher, porque ela deixou de fazer a comida, não chegou cedo em casa, enfim resolveu desobedecê-lo, esse indivíduo está difundindo um modelo perigoso à ordem pública. A pouca importância dada aos crimes cometidos no espaço doméstico pode levar ao entendimento de que existe uma lei privada, uma lei interna às famílias que permite que pais castiguem filhos até a brutalidade e que maridos e companheiros castiguem suas mulheres porque

> elas não corresponderam ao papel de esposas ou de mães tradicionais. Esses homens que fazem e aplicam essa lei privada são os famosos "justiceiros"...

A mulher é costumeiramente penalizada em dobro no âmbito das relações domésticas: quando se trata do reconhecimento e valorização do trabalho doméstico, este é invisível e desprestigiado[4], porém quando se trata da violência ocorrida dentro desse mesmo espaço, imediatamente surgem as vozes em defesa desse espaço privado "sagrado", "indevassável" por quem quer que seja.

Instrumentos internacionais de proteção das mulheres contra a violência

O Brasil insere-se, basicamente, em duas grandes Comunidades Internacionais, sendo um sistema global e um sistema regional: a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA), respectivamente. Integra, portanto, esses dois sistemas normativos internacionais que vinculam juridicamente os Estados Partes, gerando direitos e obrigações.

No âmbito das Nações Unidas, foi retomado, ao fim da II Guerra Mundial, o tema dos Direitos Humanos como imprescindível para a formulação do novo Direito Internacional. Nesse sentido, a Carta da Nações Unidas, de 1945, já em seu Preâmbulo, reafirma a fé *"na igualdade de direitos dos homens e das mulheres"*, destacando entre os propósitos das Nações Unidas o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, *"baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos"* e de seu gozo *"sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (...)"*, conforme previsto em seus artigos 1º, 2/3, 13, 55 e 76 "c".

Não houve neste primeiro momento a intenção de se definir, sequer minimamente, o conteúdo e amplitude do princípio da igualdade. A inserção desse preceito na Carta deriva do impacto causado pelas atrocidades cometidas por regimes, cuja política valorizava as supostas diferenciações entre povos, a iniquidade entre os seres humanos e a existência de raças superiores e inferiores.

Três anos depois, em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. Sob este prisma, a ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano.

Torna-se, portanto, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária, conforme leciona Bobbio (2004), a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nesta ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Neste cenário as mulheres, as crianças, as populações afrodescendentes, os migrantes, as pessoas com deficiência devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

Nesse contexto, foi elaborada a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979, primeiro tratado internacional que dispõe amplamente a respeito dos direitos humanos das mulheres. Duas são as frentes propostas: promover a igualdade e reprimir a discriminação que sofre metade da população mundial. Ela é a Carta Magna dos direitos das mulheres e simboliza o resultado dos avanços de princípios, normas e políticas, constituídos, especialmente a partir de 1945, no contexto de um grande esforço global de construção de uma ordem internacional respeitadora da dignidade de todo ser humano.

Foi adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 18 de Dezembro de 1979, após inúmeros esforços empregados pela Comissão sobre o Status das Mulheres (CSW), e possui, atualmente, 188 Estados Partes.

Trata-se de Convenção que identifica as diversas áreas em que a discriminação contra as mulheres se mostra presente. Define, também, objetivos e medidas específicas a serem tomadas, como forma de criar condições para o desenvolvimento de uma sociedade em que as mulheres possam desfrutar de tratamento igualitário em relação aos homens e que tenham seus direitos fundamentais garantidos e plenamente realizados.

No âmbito dos direitos humanos, a Convenção CEDAW é a que recebeu o maior número de reservas por parte dos países que a ratificaram[5], em comparação aos outros tratados internacionais. Ou seja, o sistema internacional de proteção dos direitos das mulheres não está imune à discriminação de gênero no seu próprio interior.

Não é por outra razão que em Viena, em 1993, por ocasião da II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, o movimento de mulheres levou a bandeira de luta: "os direitos da mulher também são direitos humanos", ficando consignado na Declaração e Programa de Ação de Viena (item 18) que "Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais".

Reconheceu-se, pela primeira vez em um foro internacional, que os direitos da mulher são direitos humanos (Gilbert, 1997, p.177) e que a violência contra as mulheres fere os direitos humanos.

Prosseguindo, nos 16 primeiros dos 30 artigos da Convenção, são estabelecidas disposições substanciais com relação aos direitos das mulheres, vinculantes a todos os Estados-Parte, isto é, a todos os países que a firmaram e ratificaram.

Na primeira parte da Convenção (artigos 1 a 6), os Estados Parte se comprometem a tomar todas as medidas legais e administrativas, incluindo medidas especiais temporárias, para garantir a igualdade formal (de jure) e material (de facto), a não discriminação e o progresso das mulheres.

A segunda parte (artigos 7 a 9) inclui obrigações contraídas pelos Estados Partes de proteger os direitos das mulheres à vida pública e política, incluindo a participação política e em ONGs, os direitos de nacionalidade (para as mulheres e seus filhos), etc.

Nos artigos 10 a 14 são estabelecidas as obrigações dos Estados em tomar medidas direcionadas a eliminar a discriminação de gênero nas áreas de educação, emprego, saúde e na

vida econômica, social e cultural. Os Estados Partes também se comprometem a abordar questões particulares relacionadas aos grupos de mulheres vulneráveis, como mulheres rurais, minorias políticas e culturais, mulheres indígenas, africanas, mulheres portadoras de deficiência, mulheres em situação de conflito armado, mulheres idosas, entre outras.

Por fim, nos artigos 15 e 16, os Estados Partes se obrigam a garantir a igualdade legal entre mulheres e homens no que diz respeito ao exercício de direitos e no contexto do casamento e das relações familiares.

Em resumo, a Convenção estabelece de forma objetiva a obrigação dos vários Estados de buscar, por todos os meios apropriados e sem limitações, políticas destinadas a eliminar a discriminação contra a mulher, bem como a sua desigualdade com o homem, mediante o compromisso e a atuação dos três poderes – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. As obrigações dos Estados abrangem todas as esferas da vida pública e privada, incluindo as pessoas físicas e jurídicas – organizações e empresas.

Ademais, trata da adoção de medidas afirmativas para o avanço da igualdade de direitos entre homens e mulheres; da modificação de padrões sócio-culturais discriminatórios; da supressão do tráfico de mulheres e da exploração da prostituição da mulher; assim como da participação política da mulher, da nacionalidade, educação, trabalho, saúde, capacidade jurídica e igualdade no exercício pela mulher de seus direitos legais em relação à vida familiar.

O cumprimento pelos Estados Partes de todas essas obrigações estabelecidas na Convenção CEDAW é monitorado pelo Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, o Comitê CEDAW, como é conhecido. Este representa um mecanismo de acesso ao sistema global, ONU, previsto pela própria Convenção em seu artigo 17. É composto por 23 *experts* independentes, eleitos em plenária de cada Estado Parte, em escrutínio secreto, a partir de uma lista de candidatos indicados pelos países.

O Comitê recebe relatórios periódicos submetidos pelos Estados Partes, prestando conta de suas atividades. Estes são estudados e analisados e, em seguida, os Estados são convidados a participar de sessão pública do Comitê durante todo um dia para manter um diálogo construtivo sobre os pontos prioritários. Como ápice do processo, o Comitê envia a cada Estado analisado suas Observações Finais, onde recomenda atenção e ações específicas a serem desenvolvidas no que diz respeito aos aspectos mais problemáticos da situação da mulher em cada país.

O Comitê analisa, também, comunicações submetidas por indivíduos ou grupos de indivíduos, que levam a seu conhecimento a ocorrência de violações de direitos garantidos pela Convenção. Esse mecanismo foi estabelecido pelo Protocolo Facultativo à Convenção CEDAW, adotado em 06 de outubro de 1999.

O Protocolo Facultativo cria, portanto, mecanismos que asseguram a implementação da Convenção, abrindo a possibilidade de reparações específicas a casos individuais. Além disso, permite que o Comitê enfatize a necessidade de adoção de remédios efetivos em nível nacional, de uma maneira geral.

Dentre referidos mecanismos, é possível citar, além das comunicações individuais, as investigações, iniciadas quando o Comitê recebe informação confiável acerca da ocorrência de

violações graves e sistemáticas aos direitos das mulheres garantidos na Convenção, cometidas por ação ou omissão do Estado.

Com base em decisões reiteradas tomadas no contexto das Observações Finais, das comunicações individuais e de grupos e das investigações, o Comitê elabora Recomendações Gerais (RGs), cujo objetivo é interpretar, atualizar e contextualizar os direitos e deveres estabelecidos na Convenção CEDAW, como forma de estimular e facilitar seu cumprimento pelos Estados-Partes.

O Comitê elabora as RGs com fundamento em sua própria experiência, muito especialmente da análise do conjunto de relatórios recebidos pelo Comitê, os quais permitem a identificação das dificuldades mais comuns na compreensão e implementação do texto da CEDAW por parte dos governos que preparam os relatórios.

Isso significa que as RGs são elaboradas a partir da dinâmica cada vez mais criativa e construtiva dos órgãos dos Tratados de Direitos Humanos e do Sistema das Nações Unidas como um todo – incluindo, dentre outros, Conferências e Informes dos Relatores Especiais. A dinâmica social global, com suas transformações fáticas e valorativas, recebe atenção e espaço nas RGs dos Comitês de Direitos Humanos que permitem ampliar as possibilidades interpretativas das normas internacionais de proteção dos direitos humanos.

Em relação ao tema específico do presente artigo, ressaltamos que a problemática da violência contra as mulheres não está presente explicitamente na Convenção CEDAW, pois não havia condições políticas para tal, em 1979. Todavia, foram elaboradas, em 1989 a RG n. 12 e, em 1992, a RG n. 19, superando essa "aparente lacuna".

A primeira, sucinta, apenas recomenda aos Estados Partes que incluam em seus relatórios ao Comitê informações sobre violência contra as mulheres e sobre as medidas adotadas para eliminá-la. A segunda, por sua vez consistente e detalhada, afirma que a violência contra a mulher é uma forma de discriminação que impede gravemente o gozo dos direitos e liberdades em pé de igualdade com o homem. A RG n. 19 esclarece, ademais, que a definição de discriminação do artigo 1 da Convenção CEDAW inclui a violência com base no sexo, isto é, a violência dirigida contra a mulher, porque é mulher ou que a afete de forma desproporcionada.

O Comitê considerou que os informes periódicos dos Estados Partes nem sempre refletiam de maneira apropriada a estreita vinculação entre a discriminação contra a mulher, a violência contra a mulher e as violações de direitos humanos e as liberdades fundamentais. Assim, a aplicação cabal da Convenção exigiria que os países adotassem medidas para eliminar todos os aspectos da violência contra a mulher.

Destacamos, ademais, dois importantes instrumentos internacionais relativos à questão da violência contra as mulheres: a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, aprovada pela ONU, em 1993, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher ("Convenção de Belém do Pará"), aprovada pela OEA, em 1994. Ambas reconhecem que a violência contra as mulheres, no âmbito público ou privado, constitui grave violação aos direitos humanos e limita total ou parcialmente o exercício dos demais direitos fundamentais.

Vale ressaltar que a Declaração acima referida, de dezembro de 1993, representa a consolidação do compromisso dos vários Estados presentes na Conferência de Viena (II Conferência Mundial de Direitos Humanos, de julho de 1993), marco significativo no reconhecimento pela ONU da realidade universal da violência contra as mulheres.

A Declaração, em seu artigo 1º, define a violência contra as mulheres como "qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública, como na privada". Vale dizer, a violência baseada no gênero ocorre quando um ato é dirigido contra uma mulher, porque é mulher, ou quando atos afetam as mulheres de forma desproporcional. Adicionam que a violência baseada no gênero reflete relações de poder historicamente desiguais e assimétricas entre homens e mulheres.

A Convenção de "Belém do Pará", por sua vez, elenca um importante catálogo de direitos a serem assegurados às mulheres, para que tenham uma vida livre de violência, tanto na esfera pública, como na esfera privada. Consagra ainda a Convenção deveres aos Estados Partes, para que adotem políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. É o primeiro tratado regional de proteção dos direitos humanos a reconhecer, de forma enfática, a violência contra as mulheres como um fenômeno generalizado, que alcança, sem distinção de raça, classe, religião, idade ou qualquer outra condição, um elevado número de mulheres[6].

Criminalização do Feminicídio, Intervenção Penal e Princípio da Proporcionalidade

Em 9 de março de 2015 foi publicada a lei federal 13.104 que alterou o Código Penal em seu art. 121 para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

Essa recente criminalização não é isolada. Entre 2010 e 2015 o número de países da América Latina e Caribe que tipificaram o feminicídio em suas leis penais subiu de 4 para 16.[7]

O homicídio contra a mulher é qualificado (feminicídio) quando se dá por razões da condição de sexo feminino. Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve violência doméstica e familiar e menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Várias entidades e organizações celebraram a modificação como importante conquista no marco legal de proteção dos direitos humanos das mulheres em especial do combate à violência de gênero.

A Divisão de Mulheres da Organização das Nações Unidas no Brasil (ONU Mulheres) parabenizou a aprovação da lei que ressaltou como conquista no marco do contexto das atividades alusivas ao Dia Internacional da Mulher no Brasil e na América Latina e Caribe, considerando que outros 15 países já garantiram a tipificação do feminicídio em leis nacionais num ciclo iniciado em 2007: Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador,

Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Peru, República Dominicana e Venezuela[8].

Na Argentina a questão se encontra em evidência e no dia 4 de junho de 2015 foi realizada a Marcha *"Ni una a menos"*. Foram estopins da mobilização o assassinato da professora de jardim de infância María Eugenia Lanzetti, de 44 anos, separada de um marido obsessivo, contra quem pesava uma ordem judicial de afastamento. María chegou a instalar um botão anti-pânico em seu celular. Essas medidas não foram suficientes para evitar o pior. Na manhã de 15 de abril de 2015, o ex-marido de María Eugenia entrou na sala e cortou o pescoço dela na frente das crianças. A tragédia aconteceu na província de Córdoba. Outro crime que comoveu o país foi a morte de uma adolescente de 14 anos que teria sido assassinada e enterrada pelo namorado que a obrigou a abortar[9].

A Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (CEPAL) em Informe Anual (2013-2014) a respeito do enfrentamento da violência contra as mulheres na América Latina e Caribe[10] ao tratar especificamente do feminicídio pontua que:

> El femicidio, entendido como "la muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión", ha despertado la alarma en distintos espacios de la comunidad internacional (OEA, 2008). A partir del fenómeno que se hizo conocido en países de Centroamérica y México, un concepto originalmente de las ciencias sociales fue permeando en la opinión pública hasta llegar a los ordenamientos jurídicos.

A definição adotada pela legislação brasileira contempla a morte violenta, por razões de gênero, no ambiente privado, doméstico, na qual exista a relação de convivência (violência doméstica e familiar) e também no âmbito público, em qualquer outra relação interpessoal, ou mesmo sem ela, já que pode ser praticado por menosprezo ou discriminação à condição de mulher[11].

Quando se analisa a intervenção do Direito, de âmbito penal, em relação às mortes de mulheres em virtude da discriminação de gênero, é útil para a compreensão das diversas abordagens possíveis pelo Direito, a categorização de Luigi Ferrajoli. Ao abordar o tema da igualdade e diferença, Luigi Ferrajoli (1999, p. 73-96) assinala que há quatro modelos possíveis de configuração jurídica das diferenças:

1) Indiferença jurídica das diferenças:

Nesse modelo prevalece o caráter mínimo do Direito, um estado de natureza, de liberdade selvagem e nesse caso as diferenças não são valorizadas, não se tutelam, nem se reprimem, não se protegem, nem se violam. Simplesmente são ignoradas. Neste modelo o destino das diferenças aparece confiado às relações de força e a diferença de sexo se resolve na sujeição de fato da mulher ao poder do homem e o seu confinamento ao papel doméstico "natural" de mulher e mãe.

2) Diferenciação jurídica das diferenças:

Nesse modelo há valorização de algumas identidades e desvalorização de outras. Há uma hierarquização de identidades. As identidades determinadas pelas diferenças valorizadas (de sexo, nascimento, etnia, fé, língua etc.) são assumidas como status privilegiado, fonte de direito e de poderes, enquanto outras se assumem como status discriminatório, fontes de exclusão e sujeição. Este é o paradigma discriminatório dos ordenamentos hierarquizados de casta, de classe, próprios das fases mais arcaicas da experiência jurídica e dominantes no mundo jurídico pré-moderno. Porém, também é o paradigma que persiste nas origens da modernidade, quando a igualdade e os consequentes direitos universais aparecem pensados e proclamados nas primeiras constituições liberais, unicamente para o homem branco, proprietário, chegando ao extremo de conviver até o século XX com a discriminação das mulheres em matéria de direitos políticos e civis. As diferenças, a começar pela sexual, neste modelo encontram-se pensadas e sancionadas como desigualdades, como privilégios e discriminações.

3) Homologação jurídica das diferenças:

Neste modelo há a abstrata afirmação da igualdade, homologação, neutralização e integração geral. A diferença feminina não sofre discriminação no plano jurídico, uma vez que se encontra desconhecida, ocultada, mascarada. É em alguns aspectos oposto e análogo com o modelo precedente; oposto porque aponta não para a cristalização das diferenças em desigualdades, mas para a sua anulação; análogo pela comum desvalorização das diferenças e assunção de uma identidade como "normal" e ao mesmo tempo "normativa"

4) Igual valoração jurídica das diferenças:

Este modelo é baseado no princípio normativo da igualdade nos direitos fundamentais e num sistema de garantias capaz de assegurar sua efetividade. Não abandona as diferenças ao livre jogo do mais forte, mas as faz objeto dos direitos fundamentais, que é a lei dos mais frágeis. Ao invés de ser indiferente ou simplesmente tolerante com as diferenças como no primeiro modelo, garante a todos sua livre afirmação e desenvolvimento. Do segundo modelo se distingue porque não privilegia nem discrimina nenhuma diferença, mas as assume dotadas do mesmo valor e do terceiro modelo se separa, na medida em que não desconhece as diferenças. A igualdade nos direitos fundamentais resulta configurada como o igual direito de todos a afirmação e tutela de sua própria identidade em virtude do igual valor associado a todas diferenças que fazem de cada pessoa um indivíduo diverso de todos os outros e de cada indivíduo uma pessoa como todas as demais.

O termo que se opõe à "diferença" não é "igualdade", mas "desigualdade". É preciso elaborar as garantias da diferença para que sirva, de fato, para garantir a igualdade, pois a igualdade é sempre uma utopia jurídica, que continuará sendo violada enquanto subsistam razões sociais, econômicas e culturais que sempre sustentam o domínio masculino.

A criminalização do feminicídio é uma forma de intervenção penal do Direito que, num sistema de direitos e garantias, busca não ignorar as diferenças de gênero (homologar as diferenças, numa pretensa neutralidade do Direito)[12] e ao mesmo tempo implementar o modelo que valora igualmente as diferenças. O assassinato de mulheres na abordagem penal anterior à criminalização do feminicídio estava parafraseando Ferrajoli, desconhecido, ocultado,

mascarado. Ao mesmo tempo, entendemos que essa anulação das diferenças acaba por constituir desigualdade e discriminação das mulheres que estão sujeitas à violência e à violência fatal num contexto de maior fragilidade e vulnerabilidade já que a maior parte desta violência ocorre no ambiente privado, doméstico ou familiar e por razões de discriminação de gênero. Por razões que atentam contra sua liberdade, individualidade, autonomia e dignidade humana.

Alessandro Baratta (2004, p. 299-333) ao tratar dos princípios do Direito Penal Mínimo elenca o princípio da proporcionalidade abstrata, segundo o qual somente as graves violações de direitos humanos podem ser objeto de sanções penais, o princípio da idoneidade, segundo o qual a grave violação de direitos humanos e o princípio da proporcionalidade representam somente uma condição necessária, mas não suficiente, para a introdução da pena, pois seria necessário provar ou ser altamente provável, algum efeito útil em relação as situações em que se pressupõe uma grave ameaça aos direitos humanos e ainda o princípio da subsidiariedade, segundo o qual, uma pena pode ser cominada somente se se puder provar que não existem modos não penais de intervenção aptos para responder a situações na quais se acham ameaçados os direitos humanos, outros modos de intervenção de menor custo social.

Ao tratar do sistema penal e direitos da mulher Maria Lúcia Karam (1995, p. 147) defende que não sendo possível a abolição do sistema penal (necessariamente condicionada a transformações sociais mais profundas), a perspectiva de redução da violência e da injustiça geradas pela intervenção do poder punitivo é limitada, devendo ter como meta tão-somente a efetiva concretização de um Direito Penal mínimo.[13]

Os princípios do "Direito Penal Mínimo" utilizados para legitimar uma intervenção penal mínima em muito se aproximam da Teoria do Princípio da Proporcionalidade utilizada pelos constitucionalistas para verificar a constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais, que são normas jurídicas normalmente expressas em princípios e que podem colidir ou sofrer restrições por parte do Poder Público para atingir determinadas finalidades. Verificar a constitucionalidade dessas restrições ou resolver eventuais colidências na aplicação dos direitos fundamentais nos casos concretos é tarefa na qual a proporcionalidade é requisito indispensável.

Willis Santiago Guerra (1989)[14] ao tratar do tema pontua que "princípios, por sua vez, se encontram em um nível superior de abstração, sendo igualmente hierarquicamente superiores, dentro da compreensão do ordenamento jurídico como uma "pirâmide normativa", e se eles não permitem uma subsunção direta de fatos, isso se dá indiretamente, colocando regras sob o seu "raio de abrangência". Ao contrário dessas também, se verifica que os princípios podem se contradizer, sem que isso faça qualquer um deles perder a sua validade jurídica e ser derrogado. É exatamente numa situação em que há conflito entre princípios, ou entre eles e regras, que o princípio da proporcionalidade (em sentido estrito ou próprio) mostra sua grande significação, pois pode ser usado como critério para solucionar da melhor forma o conflito, otimizando a medida em que se acata um e desatende o outro. O princípio da proporcionalidade tem um conteúdo que se reparte em três: "princípios parciais": "princípio da proporcionalidade em sentido estrito" ou "máxima do sopesamento", "princípio da adequação" e "princípio da exigibilidade" ou "mandamento do meio mais suave".

Segundo ainda o mesmo autor:

> O "princípio da proporcionalidade em sentido estrito" determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o "conteúdo essencial" de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens. Os subprincípios da adequação e da exigibilidade, por seu turno, determinam que, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, "adequado". Além disso, esse meio deve se mostrar "exigível", o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais. Sobre essa distinção, vale referir a formulação lapidar do Tribunal Constitucional alemão: "o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.
>
> O "mandamento" ou "máxima da proporcionalidade", ao mesmo tempo em que ocupa o posto mais alto na escala dos princípios, por ser o mais abstrato deles, por resolver seus problemas de colisões, contempla igualmente a possibilidade de "descer" à base da pirâmide normativa, informando a produção daquelas normas individuais que são as sentenças e as medidas administrativas. Por tudo isso, bem como pela íntima relação que guarda com a "essência" ou "ideia do direito" — como já acentuou, entre outros, Karl Larenz —, é que se vê no princípio da proporcionalidade a expressão mais própria da norma fundamental, a qual Kelsen nunca conseguiu definir de uma forma satisfatória, por só vislumbrá-la no topo de sua pirâmide normativa, quando o lugar mais acertado para um fundamento é mesmo na base de tal pirâmide.

Resta agora analisar a utilização da proporcionalidade na criminalização do feminicídio.

Note-se que o legislador agravou a restrição da liberdade dos indivíduos no caso dos homicídios de mulheres em razão de condição do sexo feminino quando o crime envolve violência doméstica e familiar e menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 36) "Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentado". Aqui a ideia é discutir se a criação de um homicídio qualificado denominado de feminicídio é adequado, é apto para alcançar o objetivo de evitar ou minimizar a morte de mulheres por sua condição de mulher, ou mesmo de fomentar essa erradicação ou diminuição das mortes de mulheres ou ainda de alcançar maior efetividade na punição dos referidos crimes. Se usarmos os princípios do Direito Penal Mínimo, o princípio da proporcionalidade abstrata, já mencionado, estaria satisfeito na medida em que a intervenção penal (ainda que mínima) se justificaria em face de graves violações de direitos humanos. Ao longo de todo o capítulo 2 e 3 demonstramos que é direito fundamental das mulheres uma vida livre de violência e o homicídio de mulheres em razão da sua condição de mulher constitui grave violação de direitos humanos. O princípio da idoneidade do Direito Penal Mínimo que aqui se assemelha ao subprincípio da adequação, na medida em que seria necessário provar ou

ser altamente provável, algum efeito útil em relação as situações em que se pressupõe uma grave ameaça aos direitos humanos, segundo a criminologia é sempre de difícil comprovação empírica. Ou seja, comprovar uma relação de causalidade direta entre a criação do feminicídio e a diminuição das mortes de mulheres em razão de seu sexo é tarefa extremamente complexa. A pesquisa atual que temos disponível é em relação à lei 11.340 de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha) que foi uma lei de combate à violência contra a mulher que trouxe um agravamento penal e maior restrição do direito fundamental à liberdade, nos casos de violência praticada contra a mulher, ou seja, há similaridade com nosso objeto de estudo. Trata-se da pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA[15]:

> O Ipea divulgou nesta quarta-feira, 04 de março, em Brasília, um estudo sobre a efetividade da Lei Maria da Penha (LMP). Por meio de um método conhecido como *modelo de diferenças em diferenças* – "em que os números de homicídios contra as mulheres dentro dos lares foram confrontados com aqueles que acometeram os homens"–, os pesquisadores do Instituto utilizaram dados do Sistema de Informações sobre Mortalidade do SUS para estimar a existência ou não de efeitos da LMP na redução ou contenção do crescimento dos índices de homicídios cometidos contra as mulheres. Apesar de a Lei Maria Penha não ter como foco o homicídio de mulheres, a pesquisa partiu do pressuposto de que a violência doméstica ocorre em ciclos, "onde muitas vezes há um acirramento no grau de agressividade envolvida, que, eventualmente, redunda (muitas vezes de forma inesperada) na morte do cônjuge", por isso "seria razoável imaginar que a lei, ao fazer cessar ciclos de agressões intrafamiliares, gere também um efeito de segunda ordem para fazer diminuir os homicídios ocasionados por questões domésticas e de gênero. Os resultados indicam que a LMP fez diminuir em cerca de 10% a taxa de homicídio contra as mulheres dentro das residências, o que "implica dizer que a LMP foi responsável por evitar milhares de casos de violência doméstica no país". Os autores ressaltam, no entanto, que a efetividade não se deu de maneira uniforme no país, por causa dos "diferentes graus de institucionalização dos serviços protetivos às vítimas de violência doméstica.

A partir da pesquisa e de seus resultados, ou seja, teria ocorrido uma diminuição de 10% da taxa de homicídios de mulheres em suas residências após uma intervenção penal de maior restrição ao direito fundamental da liberdade, poderíamos afirmar que estaria presente a adequação na criação do feminicídio sob a perspectiva de que os homicídios de mulheres por razões de gênero poderiam diminuir ainda mais, ou seja, a lei evitaria ou fomentaria a redução dos feminicídios.

Quanto ao subprincípio da necessidade assina Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 36) que: "Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido".

Aqui entendemos ser possível afirmar que a intervenção do Direito Penal e a maior restrição à liberdade que ele ocasiona com a criação do feminicídio seria necessária face a gravidade da violação do bem jurídico que se objetiva proteger que é a vida das mulheres. Ademais, a menor restrição anteriormente prevista com a tipificação do crime de homicídio não estava diminuindo a taxa de homicídio de mulheres, levando o Brasil a ocupar o 7º lugar em relação as taxas de homicídio de mulheres comparando os dados do Brasil com 84 outros países[16]. Ou seja, a medida anterior, de menor restrição, não atingia o objetivo perseguido.

Por fim, segundo Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 40), o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito:

> Ainda que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover um outro direito fundamental, isso não significa, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional. Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

Aqui cabe o sopesamento entre o direito à vida e o direito à liberdade, ou seja, evitar o feminicídio e garantir uma vida livre de violência para as mulheres justificaria a maior restrição ao direito de liberdade dos indivíduos.

Há ainda que se considerar que a criação da qualificadora ao crime de homicídio consistente no feminicídio não trouxe um aumento de pena, na medida que no regime anterior um homicídio praticado nas mesmas condições (com discriminação à mulher, por razões da condição de sexo feminino ou menosprezo à condição de mulher) poderia ser considerado qualificado (por motivo torpe, por ex.) e ter a mesma pena prevista para o atual feminicídio. Ocorre, que no regime anterior os feminicídios estavam supostamente abrangidos (pelo homicídio simples ou qualificado pelo motivo torpe) como se o Direito Penal fosse neutro em relação ao gênero, como se o Direito enquanto produto da cultura também não reproduzisse o machismo, o sexismo e a misoginia. Essa suposta "neutralidade" impede a formação, qualificação e sensibilização em todas as etapas da aplicação da lei penal, a começar pela apuração, investigação, processamento, julgamento, produção de provas etc. Também não propicia a quantificação dos dados de ocorrência de feminicídio e sua análise. As estatísticas oficiais no Brasil a respeito da violência fatal às mulheres são precárias ou mesmo inexistentes. A criação do feminicídio propiciará que se avance no que diz respeito à análise de gênero da aplicação do direito penal em todas as suas fases e na coleta, organização e análise de dados que serão fundamentais para embasar as políticas públicas de prevenção, punição e erradicação da violência e discriminação contra a mulher.

Considerações Finais

Os dois grandes paradigmas normativos na luta contra a violência de gênero, em especial o feminicídio, são, em nível global, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Convenção CEDAW), e nas Américas, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).

Ressalta-se que a Convenção CEDAW, de 1979, trata do tema da discriminação contra as mulheres de maneira holística, abarcando todos os direitos e garantias necessários ao empoderamento das mulheres, destacando as ideias de igualdade e não-discriminação como direitos humanos fundamentais das mulheres.

A RG n. 19, de 1992 e a Convenção de Belém do Pará, de 1994, por sua vez, ao tratar especificamente da violência contra as mulheres, embora não se refiram expressamente ao

feminicídio, apresentam-se como paradigmáticas na abordagem dessa forma de discriminação contra as mulheres.

Tais constatações se tornam cruciais quando identificamos que a mulher tende a se tornar vítima de violências como o feminicídio quando se encontram em situações de vulnerabilidade.

É importante destacar que o Comitê CEDAW construiu, ao longo de sua atuação, interpretação da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher no sentido de considerar que a violência contra a mulher, a violência de gênero, é forma de discriminação contra a mulher que impede ou anula o exercício dos direitos humanos das mulheres. Dessa forma a Convenção CEDAW é instrumento hábil para o enfrentamento da violência de gênero que tem por fundamento a discriminação de gênero e as relações desiguais a assimétricas que acabam por "naturalizar" e "admitir" a violência contra a mulher.

Assim, tratando-se de um conceito novo e ainda não consolidado nas legislações dos países, mas considerando sua gravidade, torna-se preciso repensar as diversas formas de enfrentamento do problema, que não se limitem à esfera penal, que por si só não fortalecerá a mulher como pessoa merecedora de igual dignidade e respeito na sociedade.

Deve-se ter em mente que a violência contra as mulheres se insere em um quadro de violência estrutural e decorre, principalmente, da existência de uma mentalidade ainda arraigada, em pleno século XXI, a padrões discriminatórios e estereótipos que consideram a menor valia das mulheres enquanto seres humanos.

Nesse sentido, destacamos o Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigação de Mortes Violentas de Mulheres em Razão de Gênero (Feminicídio)[17], segundo o qual,

> independentemente da terminologia que se adote, essas situações de violência contra a mulher apresentam características comuns: estão fundadas em uma cultura de violência e discriminação baseada em gênero, que tem suas raízes em conceitos referentes à inferioridade e subordinação das mulheres. Não se trata de casos isolados, esporádicos ou episódicos de violência, mas de uma situação estrutural e de um fenômeno social e cultural enraizado em costumes e mentalidades.

A adoção de referido Protocolo sinaliza um avanço fundamental no reconhecimento do feminicídio como uma das formas mais graves de violência baseada em gênero e representa um passo adiante no combate à discriminação contra as mulheres.

Referências

A FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo. Disponível em < http://acervo.folha.uol.com.br/fsp/2015/03/30/15//5985863> Acesso em: 30 mar. 2015.

ABI-MERSHED, Elizabeth A. H., GILMAN, Denise. Proteción Internacional De Los Derechos Humanos De Las Mujeres. La comisión interamericana de derechos humanos y su informe especial en derechos de la mujer: una nueva iniciativa para examinar el status de las mujeres en las américas". In: Proteción Internacional De Los Derechos Humanos De Las Mujeres. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, CLADEM, 1997.

ALVES, J. A. Lindgren. Os direitos humanos como tema global, São Paulo: Perspectiva, 1994.

ÁVILA, Humberto, *A distinção entre os princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*, In: Revista Diálogo Jurídico ano I, vol. 1, n.4, Salvador, 2001.

_____; *Aprovação do Projeto de Lei do Feminicídio e avanço para enfrentar aumento de assassinatos de mulheres*- ONU. Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/?noticias=aprovacao-do-projeto-de-lei-do-feminicidio-e-avanco-para-enfrentar-aumento-de-assassinatos-de-mulheres-diz-onu-mulheres-brasil>. Acesso em 08/06/2015.

BADILLA, Ana Elena, La discriminación de género em la legislación centro americana, In: Estudios Básicos De Derechos Humanos. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Comisión de la Unión Europea, 1996.

BARATTA, Alessandro. Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam), Editorial B de F: Buenos Aires, Argentina, 2004.

BARSTED, Leila Linhares. Metade vítimas, metade cúmplices? A violência contra as mulheres nas relações conjugais, In: In: DORA, Denise Dourado, org. Feminino, masculino: igualdade e diferença na justiça. Porto Alegre: Sulina, 1997.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAMPOS, Carmen H.; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen H. (Org.). Lei Maria da Penha (comentada em uma perspectiva jurídico-feminista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CEPAL Comisión Económica para América Latina y Caribe (CEPAL), Informe Anual 2013-2014. El enfrentamento de la violência contra las mujeres em América latina y el Caribe (LC/G. 2626), Santiago de Chile, 2014. Disponível em <www.cepal.org>. Acesso em 21 de out. 2016.

CERQUEIRA, Daniel *et ali;* Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha, IPEA, Texto para Discussão, 2048, Brasília, 2015. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24610>, acesso em 15/06/2015.

Feminicídio: Vidas em Risco na América Latina. Disponível em UOL <http://noticias.uol.com.br/ultimas- noticias/afp/2015/06/03/feminicidio-vidas-em-risco-na-america-latina.htm>. Acesso em 08/06/2105.

FERRAJOLI, Luigi. Igualdad y diferencia – In Derechos y garantias: La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

GENEVA Declaration Secretariat.Global Burden of Armed Violence 2011.LethalEncounters. Suíça, 2011.

GILBERT Lauren. Balance de la relatoría especial sobre la mujer en la comisión interamericana de derechos humanos, In: Protección Internacional De Los Derechos Humanos De Las Mujeres. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, CLADEM, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Princípio Constitucional da Proporcionalidade: In: Ensaios de teoria constitucional**,** Fortaleza: Imprensa Universitária (UFC), 1989.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; Teoria Processual da Constituição. 3a ed. São Paulo: RCS, 2007

KARAM, Maria Lúcia; Sistema Penal e Direitos da Mulher, In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol.9, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

OACNUDH. Elaborado pela Oficina Regional para América Central do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OACNUDH). <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/WomenWRGS/ProtocoloLatinoamericanoDeInvestigacion.pdf>. Acesso em 09/02/2015.

SAFFIOTI, Heleieth. Violência doméstica ou a lógica do galinheiro. In: Kupstas, Márcia, Org. Violência doméstica em debate, Coleção Debate na Escola. São Paulo: Moderna, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, In: Revista dos Tribunais, vol. 798, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VÁSQUEZ, Patsilí Toledo. Feminicidio, Oficina en Mexico del Alto Comissionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Mexico, 1ª ed. 2009

WAISELFISZ, Julio Jacobo, Mapa da Violência de 2014. Disponível em <www.mapadaviolencia.org.br>. Acesso em 20/11/2014.

[1] Texto originariamente publicado na obra Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico. Figueiredo, Marcelo & Conci, Luiz Guilherme Arcaro, coords., Gerber, Konstantin, org. [et. al.]. 1a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Revisto e ampliado para essa publicação.

[2] Em agosto de 2012 houve publicação de atualização do Mapa da Violência de 2012 que trouxe atualização específica tratando do homicídio de mulheres no Brasil, de autoria de Julio JacoboWaiselfisz e disponível em www.mapadaviolencia.org.br, acesso em 20/11/2014. Este adendo específico incorpora novos dados de mortalidade de mulheres disponibilizados pelo Ministério da Saúde. Os dados que vão de 1980 a 2010 demonstram crescimento do homicídio de mulheres até 1996. A partir desta data as taxas permanecem estáveis e com tendência de queda até 2006. Voltando a crescer de forma rápida até 2010, igualando o patamar mais alto de 1996. Outro ponto a ser destacado é que o local dos homicídios de mulheres em 41% dos casos é na residência enquanto que para os homens a morte ocorre na residência em apenas 14,3% dos casos. Comparando os dados do Brasil com 84 outros países, o Brasil encontra-se em 7º lugar em relação as taxas de homicídio de mulheres. Dados de 2006 a 2010. Quando se analisa dos dados do SINAN – Sistema de Informação de Agravos de Notificação do Ministério da Saúde é possível constatar que em todas as faixas etárias, o local de residência da mulher é o que prepondera nas situações de violência, ocorrendo a violência na residência em 71,8% dos casos. Quanto aos agressores os pais aparecem quase que exclusivos até os 9 anos de idade das mulheres. A partir dos 10 anos, prepondera a figura paterna como responsável pela agressão. O papel paterno vai sendo substituído progressivamente pelo cônjuge e/ou namorado (ou os respectivos ex), que preponderam sensivelmente a partir dos 20 anos da mulher, até os 59.

[3] Dados da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) de 2014 apontam que na região, em média, 12 mulheres são assassinadas diariamente pelo fato de serem mulheres. E que os feminicídios ocasionados no âmbito das relações familiares, de matrimônio constituem a forma mais

dramática de violência contra a mulher. Dados oficiais do Brasil não estavam disponíveis quando da elaboração do estudo. Honduras, El Salvador, República Dominicana e Guatemala são os países com as mais altas taxas.

[4] Ana Elena Badilla (1996, p. 170), destaca que uma parte importante do trabalho que realizam as mulheres cotidianamente está relacionada às atividades agrícolas e ao trabalho doméstico, mas na sua maioria não é pago, ou quando o é são seus maridos que recebem, e dessa forma não é reconhecido como trabalho pelas mulheres e nem pela sociedade. Ainda segundo a autora, essa invisibilidade tem sérias repercussões na normativa internacional e nas leis de todos os países do mundo, já que se legisla partindo do pressuposto de que o trabalho agrícola é uma atividade principalmente masculina e que o trabalho doméstico não é trabalho.

[5] Ver a esse respeito J. A. Lindgren Alves (1994, p. 57). Os direitos humanos como tema global. Elizabeth A. H. Abi-Mershed e Denise L. Gilman (1997, p. 173). La comisión interamericana de derechos humanos y su informe especial em derechos de la mujer: una nueva iniciativa para examinar el status de la mujer em las américas, observaram a esse respeito que os sete membros da Comissão Interamericana de Direitos Humanos estão comissionados para representar coletivamente todos os Estados-membros da OEA e nos 37 anos, desde a sua criação, somente três mulheres foram eleitas como membros; no caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada desde 1979, somente uma mulher funcionou como juíza. Lauren Gilbert, Balance de la relatoría especial sobre la mujer em la comisión interamericana de derechos humanos (1997, p. 177) observa, no mesmo sentido, que a Comissão Interamericana de Mulheres, órgão responsável pelo bem-estar da mulher dentro da estrutura da OEA, desempenha um papel muito limitado, o que se deve, em parte, ao fato de não possuir o mesmo poder que a CIDH para receber denúncias, conduzir investigações, publicar informes e fazer recomendações aos Estados-membros ou mesmo encaminhar casos à Corte Interamericana, o que também é observado por Elizabeth A. H. Abi-Mershed e Denise L. Gilman (1997, p. 157).

[6] Também em âmbito regional, vale mencionar a adoção da Convenção do Conselho da Europa para Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, assinada em Istambul, em 11 de maio de 2011.

[7] Dados do Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e Caribe.

[8] Ver a respeito: http://www.onumulheres.org.br/?noticias=aprovacao-do-projeto-de-lei-do-feminicidio-e-avanco-para-enfrentar-aumento-de-assassinatos-de-mulheres-diz-onu-mulheres-brasil Acesso em 08/06/2015.

[9] *In:* http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2015/06/03/feminicidio-vidas-em-risco-na-america-latina.htm, acesso em 08/06/2105.

[10] Comisión Económica para América Latina y Caribe (CEPAL), Informe Anual 2013-2014. *El enfrentamento de la violência contra las mujeres en América latina y el Caribe* (LC/G. 2626), Santiago de Chile, 2014, p. 70-73.

[11] A CEPAL (p. 72), analisa as diferentes criminalizações do feminicídio na América Latina, pois diversas foram as opções de política criminal na região: Los cuerpos legislativos nacionales han tomado decisiones en torno a distintas opciones de política criminal. Algunos países han resuelto la creación de un tipo penal autónomo de femicidio/feminicidio: en tanto Chile, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá se refieren al "femicidio", Bolivia (Estado Plurinacional de), El Salvador, México y el Perú hablan de "feminicidio". Además, en algunas legislaciones se ha creado un delito específico para personas que, en el ejercicio de la función pública, propicien, promuevan o toleren la impunidad en estos casos (Costa Rica, El Salvador y México). El segundo camino en materia de política criminal propone la modificación de los tipos penales vigentes en los respectivos códigos, marcando cierto grado de avance en la descripción de los tipos penales: el delito contemplado en la norma de Costa Rica (2007), por ejemplo, se limita a describir el llamado "femicidio íntimo" ("muerte de una mujer con quien se tenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no"). En términos similares, en la ley orgánica de violencia contra las mujeres de la República Bolivariana de Venezuela se incluye como agravante del homicidio intencional "cuando el autor del delito (…) sea el cónyuge, ex cónyuge, concubino, ex concubino, persona con quien la víctima tuvo vida marital, unión estable de hecho o relación de afectividad, con o sin convivencia". En un extremo opuesto, en la norma aprobada en el Estado Plurinacional de Bolivia en 2013 se describe un tipo penal sustantivamente más amplio y se sanciona la muerte de mujeres que se dé en cualquiera de una serie de circunstancias, que incluyen: que el autor sea o haya sido cónyuge o conviviente de la víctima, ya sea que hubiera estado ligado o no por una relación de

afectividad o intimidad, con o sin convivencia; que la víctima se haya negado a establecer con el autor una relación de pareja, enamoramiento, afectividad o intimidad; que la víctima esté embarazada; que la víctima se encuentre en una situación o relación de subordinación o dependencia respecto del autor, o que tenga con él una relación de amistad, laboral o compañerismo; que la víctima se encuentre en situación de vulnerabilidad; cuando con anterioridad al hecho de la muerte la mujer haya sido víctima de violencia física, psicológica, sexual o económica cometida por el agresor; cuando el delito haya sido precedido por un delito contra la libertad individual o sexual; cuando la muerte se vincule con un delito de trata o tráfico de personas, o cuando la muerte sea el resultado de ritos, desafíos grupales o prácticas culturales. Una tercera variante de política criminal es la inclusión de una circunstancia de agravación punitiva. Este es el caso de Colombia y la Argentina, donde se ha incluido como una circunstancia agravante del homicidio la muerte de una mujer por el hecho de ser mujer o "cuando mediare violencia de género". En algunas legislaciones se incluyeron ciertos elementos objetivos dentro del tipo penal, tales como ubicar las muertes "en el marco de las relaciones desiguales de poder" (como en el caso del Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua y Panamá) o sancionar la muerte cuando esta se diera "por su condición de mujer" (en los casos de Colombia, el Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y el Perú). También se incluyen elementos objetivos al tipo penal con referencias a "motivos de odio o menosprecio por la condición de mujer" (como en las legislaciones de El Salvador y Honduras) o al sancionar la muerte si se produjera "por razones de género" (Honduras y México). Finalmente, se introducen también en caso de condicionar el tipo agravado a un supuesto de odio "de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión" (como en la Argentina). En la mayoría de las normas, el sujeto activo se refiere al perpetrador en términos genéricos ("el que" matare, "quien" matare), como es el caso de Bolivia (Estado Plurinacional de), Colombia o Guatemala. En algunas legislaciones, no obstante, el sujeto activo es calificado cuando se requiere que sea un hombre (como en el caso de Nicaragua, Honduras y la Argentina, en una de las modalidades previstas) o cuando se requiere que el femicidio se hubiera producido en algunas circunstancias (por ejemplo, que hubiera dado muerte a su pareja o expareja, como en el caso de Chile, Costa Rica y el Perú). Otra forma de sujeto activo calificado se presenta en aquellos tipos penales que requieren que el autor sea funcionario público, como ocurre en El Salvador. En otros casos, se incluyen otras variantes de sujetos activos calificados, por ejemplo para los casos de crimen organizado o conductas grupales (como en Bolivia (Estado Plurinacional de) y México").

[12] Patsilí Toledo Vásquez (2009, p. 60) pontua que a obrigação de garantir os direitos sem discriminação não pode ser uma garantia neutra, baseada num cidadão modelo. É preciso considerar a heterogeneidade de condições sob pena de se realizar discriminação indireta. E afirma que é possível constatar nos últimos anos uma tendência de abandonar a neutralidade formal dos tipos penais para dar passo a tipificações que expressamente incluem a diferença sexual, o que tem sido chamado por certas autoras de sexualização da resposta punitiva.

[13] Neste sentido Carmen Hein de Campos e Salo de Carvalho (2011, p. 150), Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira, para quem "os atos de violência contra as mulheres, em sua maioria, podem ser traduzidos no que o direito penal e a criminologia caracterizam como criminalidade tradicional, ou seja, tais condutas implicam danos concretos, praticados por e contra pessoas de carne e osso, em que são afetados bens jurídicos tangíveis, palpáveis, como vida, integridade física e liberdade sexual. Encontram-se, pois, no rol daquelas condutas que as políticas criminais alternativas – derivadas da criminologia crítica e atualmente identificadas como direito penal mínimo ou garantismo – entendem como lícita a criminalização.

[14] A respeito do princípio da proporcionalidade ver ainda Virgílio Afonso da Silva, O proporcional e o razoável, *In:* Revista dos Tribunais, vol. 798, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 23-50; Humberto Ávila, A distinção entre os princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, *In:* Revista Diálogo Jurídico ano I, vol. 1, n.4, Salvador, 2001.

[15] Dados: Os dados utilizados para a análise dizem respeito às agressões letais no Brasil e foram obtidos por meio do Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM), do Ministério da Saúde. Os registros do SIM são contabilizados com base nas informações das declarações de óbitos fornecidas pelos Institutos Médicos Legais (IMLs). Além da "causa básica do óbito", foram utilizadas as variáveis referentes ao sexo do indivíduo e à data do registro, bem como o município de ocorrência.

Metodologia: Para estabelecer a magnitude do efeito da Lei Maria da Penha sobre a taxa de homicídios de mulheres, isolando outras influências não relacionadas às questões de gênero, o modelo de diferenças em diferenças confrontou os homicídios contra as mulheres dentro dos lares com aqueles que acometeram os homens. Por exemplo, se o número de homicídios de homens e mulheres crescerem no período analisado pela pesquisa, mas o aumento para os homens tiver sido maior, descontando outros fatores de influência,

a efetividade da lei pode ser verificada, pois, se não houvesse a LMP, o aumento da taxa de homicídio de mulheres seria ainda maior do que a observada nos dados.

Análise: A ideia central para a identificação do modelo é que existem fatores associados à violência generalizada na sociedade e, em particular, à violência urbana, que afetam de forma regular os homicídios de homens e mulheres. Todavia, existem outros fatores ligados à questão de gênero que afetam apenas os homicídios de mulheres. Foram estimados vários modelos que explicam os homicídios e os homicídios dentro das residências, os quais consideraram efeitos fixos locais e temporais, além de variáveis de controle para a prevalência de armas de fogo e para o consumo de bebidas alcoólicas nas microrregiões brasileiras. Os resultados mostraram unanimemente que a introdução da LMP gerou efeitos estatisticamente significativos para fazer diminuir os homicídios de mulheres associados à questão de gênero.

[16] Disponível em www.mapadaviolencia.org.br, acesso em 20/11/2014.

[17] Elaborado pela Oficina Regional para América Central do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OACNUDH). Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/ProtocoloLatinoamericanoDeInvestigacion.pdf > Acesso em 09 fev. de 2015.

A qualificadora do feminicídio[1]

Feminicide's increased punishment

Cristina Emy Yokaichiya
Defensora Pública – Defensoria Pública do Estado de São Paulo
cemy@defensoria.sp.def.br

Resumo
O presente artigo vista a analisar a qualificadora do feminicídio introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei n. 13.104/2015. Por meio de interpretação literal, sistemática e histórica da lei especial e das normas criminais gerais do ordenamento jurídico brasileiro, alcançaram-se as conclusões de que (i) a qualificadora do feminicídio, prevista no art. 121, §2º, VI (§2ª-A) do Código Penal, possui caráter subjetivo e, portanto, (ii) não pode ser cumulada com outra qualificadora de motivo. Esta segunda conclusão impõe que a qualificadora do feminicídio fique prejudicada, inclusive, no caso de reconhecimento do homicídio privilegiado.

Palavras-chave: Homicídio. Feminicídio. Qualificadora subjetiva. Incompatibilidades.

Abstract
This paper aims at analyzing the feminicide's increased punishment, as introduced into Brazilian Law by Act n. 13.104/2015. Through literal, systematic and historical interpretation of both the special law and general criminal provisions in Brazilian Law, the paper concludes that (i) the feminicide's increased punishment set forth in the Criminal Code, art. 121, §2º, VI (§2ª-A), is subjective in its nature, and as a consequence (ii) it cannot be compounded with another punishment increase based on motive. The latter conclusion requires that the feminicide's increased punishment is set aside, moreover, in homicides recognized as manslaughter.

Keywords: *Homicide.“Womenslaughter”. Punishment increase based on motive. Incompatibilities.*

O feminicídio como qualificadora subjetiva

O tema da violência doméstica contra as mulheres vem sendo discutido calorosamente nos dias atuais. No âmbito jurídico, após a introdução da Lei Maria da Penha (Lei n 11.340/2006), tivemos nova modificação significativa no ordenamento com o advento da Lei n 13.104/2015.

Esta recente modificação legislativa introduziu no Código Penal, entre as hipóteses qualificadoras do homicídio, a figura do feminicídio:

> Art. 121. (...)
> § 2º. Se o homicídio é cometido:
> Feminicídio
> VI - contra a mulher por **razões** da condição de sexo feminino:
> .....
> § 2º-A. Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:
> I - violência doméstica e familiar;
> II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. [grifos nossos]

Nota-se que, pela redação do dispositivo legal apresentada, não basta ser a vítima mulher ou haver o contexto doméstico e familiar para a configuração da figura típica. Como se verifica da interpretação literal do texto normativo, **para se caracterizar a qualificadora,** o **motivo** da prática delitiva deve ser o **menosprezo do ofensor em relação à ofendida por conta de sua condição de sexo feminino,** inserido no contexto da violência doméstica e familiar. Esta conclusão, ancorada na expressão "por razões", encontra guarida nas disposições sobre redação legislativa insculpidas no ordenamento jurídico brasileiro, em especial o art. 11 da Lei Complementar n. 95/1998, bem como na interpretação sistemática e histórica das leis criminais brasileiras, como se verá abaixo.

As qualificadoras do homicídio podem ser divididas em objetivas e subjetivas. As qualificadoras objetivas estão relacionadas ao modo ou meio de execução da conduta delitiva, como por exemplo o homicídio praticado com utilização de asfixia ou emboscada. Por outro lado, as qualificadoras subjetivas vinculam-se à razão que deu ensejo ao crime, ou seja, qual foi o motivo para que o crime se iniciasse.

Na seara subjetiva da suposta conduta delitiva, a acusação, ao inserir a qualificadora do feminicídio, prevista no inciso VI do parágrafo 2° do art. 121, precisa fundamentar-se tanto no contexto da violência doméstica, quanto no menosprezo ou discriminação à condição de mulher, isto é, necessita demonstrar o atendimento dos dois requisitos previstos nos incisos do parágrafo 2°-A do art. 121. A **motivação do delito constitui o eixo da violência de gênero**, razão pela qual a qualificadora prevista pelo artigo 121, §2º, VI do CP deve ser entendida como de **natureza subjetiva**.

Embora se entenda que as relações humanas sejam complexas e que, muitas vezes, o crime ocorra com base em uma série de elementos, deve a acusação eleger o motivo imediato que deu ensejo à violência homicida – um único motivo, portanto.

Neste sentido, assim como é impossível um homicídio ser qualificado, simultaneamente, como fútil e torpe (ambas qualificadoras subjetivas), é também inviável a

cumulação do feminicídio com outra qualificadora de motivo. Ao estipular a qualificadora de feminicídio, não pode a acusação indicar outros motivos para a prática delitiva. Reitere-se: uma vez alegada que a motivação do delito decorre de **razões de gênero**, não pode a acusação atribuir ao delito outra circunstância de índole subjetiva – a torpeza ou futilidade, por exemplo – sob pena de incongruência ou até de *bis in idem*.

Importante destacar, além do texto legal supracitado, que o termo "violência doméstica e familiar" foi definido na Lei Maria da Penha e há de ser analisado de forma sistêmica pelo ordenamento jurídico. Se houver uma violência entre pessoas dentro do ambiente familiar, em que se pode inverter os papéis dos envolvidos (como por exemplo, conflito por um golpe financeiro, alienação parental por qualquer dos pais, briga por drogas), a mencionada violência não se configura como "doméstica e familiar" no sentido legal, em que se subjuga a mulher em relação ao(s) homem(ns).

A mesma lógica ocorre no juizado de violência doméstica. Ou seja, se não houver questão de gênero e opressão baseada na condição de mulher por parte do agressor, o juizado se considera incompetente para o julgamento da causa, conforme previsto na súmula 114 do TJSP:

> Súmula 114: Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, sempre que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação, e desde que a violência seja baseada no gênero, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor.

É inequívoco que o que caracteriza e diferencia a agressão contra a mulher (feminicídio) de outras agressões é o sentimento de superioridade que o ofensor nutre em relação à ofendida, suprimindo a autonomia da vítima e submetendo-a à própria vontade. É, portanto, o menosprezo à condição feminina que justifica a existência da mencionada qualificadora, assim como o próprio tratamento específico que embasa a Lei Maria da Penha, como bem ilustra o *caput* do art. 5º da Lei nº 11.340/06:

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

Conclui-se, destarte, que a condição do gênero feminino, seja para caracterizar a violência doméstica e familiar, seja para caracterizar a figura específica do feminicídio, deve ser a "base" (Lei Maria da Penha) ou a "razão" (inciso VI do § 2º do artigo 121 do CP) para a conduta do agressor.

Encontramo-nos, inquestionavelmente, no campo da **motivação delitiva**.

Antes de ser aprovado, o PL 8305/2014 sofreu uma alteração para modificar o vocábulo "gênero" para expressão "condição de sexo feminino". Note-se que o texto legal não introduziu a punição na modalidade qualificada para toda e qualquer morte de mulheres, visto que a redação não é: "§2º. Se o homicídio é cometido: VI - contra a mulher". Tampouco trouxe a redação "§ 2º. Se o homicídio é cometido: VI - contra a mulher em contexto de violência doméstica e familiar". A redação foi mais complexa. Indicou que a **razão** para a prática do

crime há de provir "da condição do sexo feminino", que se configura quando envolve "violência doméstica e familiar" e "menosprezo ou discriminação à condição de mulher".

Nesse sentido, convergindo com as interpretações literal e sistemática descritas acima, Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini[2] destacam a interpretação histórica dos dispositivos pertinentes para a presente análise:

> Como se pode perceber, para que se configure a violência doméstica e familiar justificadora da qualificadora, faz-se imprescindível verificar a razão da agressão (se baseada ou não no gênero).
> A Lei Maria da Penha também traz o contexto em que a violência doméstica e familiar baseada no gênero pode se dar: âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto (art. 5º, I a III).
> Com essas informações, podemos concluir que a violência doméstica e familiar que configura uma das razões da condição de sexo feminino (art. 121, § II-A) e, portanto, feminicídio, não se confunde com a violência ocorrida dentro da unidade doméstica ou no âmbito familiar ou mesmo em uma relação íntima de afeto. Ou seja, pode-se ter uma violência ocorrida no âmbito doméstico que envolva, inclusive, uma relação familiar (violência do marido contra a mulher dentro do lar do casal, por exemplo), mas que não configure uma violência doméstica e familiar por razões da condição de sexo feminino (Ex. Marido que mata a mulher por questões vinculadas à dependência de drogas). O componente necessário para que se possa falar de feminicídio, portanto, como antes já se ressaltou, é a existência de uma violência baseada no gênero (Ex.: marido que mata a mulher pelo fato de ela pedir a separação).

E concluem os autores:

> A qualificadora do feminicídio é subjetiva ou objetiva?
> A qualificadora do feminicídio é nitidamente subjetiva. (...)
> Nessa motivação há uma ofensa à condição de sexo feminino. O sujeito mata em razão da condição do sexo feminino. Em razão disso, ou seja, por causa disso. Seria uma qualificadora objetiva se dissesse respeito ao modo ou meio de execução do crime. A violência de gênero não é uma forma de execução do crime, sim, sua razão, seu motivo. Por isso que é subjetiva.

Equivocados, portanto, os enunciados da Comissão Nacional de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (COPEVID), criado pelo Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH) do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, pois omitem o elemento volitivo que dá ensejo à pratica do crime, considerando apenas o contexto em que o crime ocorreu.

> Feminicídio: natureza objetiva da qualificadora (inciso I) Enunciado nº 23 (005/2015): "A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, § 2ºA, inciso I, do Código Penal, é objetiva, nos termos do art. 5º da Lei n. 11.340/2006 (violência doméstica, familiar ou decorrente das relações de afeto), que prescinde de qualquer elemento volitivo específico." (Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH e pelo CNPG em 22/09/2015).

> Feminicídio: natureza objetiva da qualificadora (inciso II) Enunciado nº 24 (006/2015): "A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, § 2º-A, inciso II, do Código Penal, possui natureza objetiva, em razão da situação de desigualdade histórico-cultural de poder, construída e naturalizada como padrão de menosprezo ou discriminação à mulher." (Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH e pelo CNPG em 22/09/2015).

A fim de reforçar ainda mais o entendimento da natureza subjetiva da qualificadora de feminicídio, convém verificar o projeto de Lei de Reforma do Código Penal (Projeto de Lei do

Senado nº 236/2012), em trâmite no Congresso Nacional, que assim dispõe sobre as qualificadoras do homicídio:

> Capítulo I
> Crimes contra a vida
> Homicídio
> Art. 121. Matar alguém:
> Pena – prisão, de oito a vinte anos.
> Forma qualificada
> §1º Se o crime é cometido:
> I – mediante paga, mando, promessa de recompensa ou de qualquer espécie de vantagem; por preconceito de raça, cor, etnia, orientação sexual e identidade de gênero, deficiência, condição de vulnerabilidade social, religião, procedência regional ou nacional, ou por outro motivo torpe; ou em contexto de violência doméstica ou familiar;
> II – por motivo fútil;
> III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou meio igualmente insidioso, cruel ou de que possa resultar perigo comum;
> IV – à traição, de emboscada, mediante dissimulação ou outra conduta análoga para dificultar ou tornar impossível a defesa do ofendido;
> V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; ou
> VI – por dois ou mais agentes em atividade típica de grupo de extermínio;
> VII – no exercício ou em razão da função pública, contra servidor ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até o terceiro grau;
> VIII – com uso de arma, artefato bélico ou acessório de uso proibido ou restrito.
> Pena – prisão, de doze a trinta anos.

Observa-se que o referido texto, no que tange à novel qualificadora da motivação torpe (que inclui em seu bojo o contexto de violência doméstica e familiar), foi mantido intacto pelo substitutivo apresentado durante a tramitação legislativa do projeto, reforçando o raciocínio de que a qualificadora em questão possui natureza subjetiva. A proposta legislativa mantém o texto atual "mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe" e acrescenta, de forma exemplificativa, outras hipóteses de torpeza, colocando em seu rol o homicídio *torpe* em contexto de violência doméstica ou familiar.

Assim, um "exacerbado sentimento de posse", possível substrato do motivo torpe, constitui essência do contexto de violência doméstica. O cenário mais comum encontrado nos processos que versam sobre violência doméstica é, justamente, o não se conformar, por um dos envolvidos no relacionamento, com o seu término, revelando-se, assim, sentimento agudo de posse que, muitas vezes, ainda que de forma indesejada, acompanha o afeto.

Antes da edição da lei que incluiu a qualificadora do feminicídio no Código Penal, talvez tivesse pertinência a discussão quanto ao móvel delitivo: se seria ou não torpe ou fútil. Contudo, a nova lei veio justamente para dar destaque e autonomia à situação de violência doméstica, prevendo-a em circunstância qualificadora própria, fazendo com que a discussão passe a ser se a violência se deu ou não em contexto doméstico, e não mais se a possessividade deve ser encarada como torpeza ou futilidade.

Assim também já decidiu o E. Tribunal de Justiça paulista:

> Recurso em sentido estrito. Decisão que pronunciou o réu como incurso no artigo 121, § 2º, incisos I, IV e VI, e § 2º-A, inciso I, na forma do artigo 14, inciso II, todos do Código Penal. (...) 2. Hipótese, todavia, de afastamento da

> qualificadora do motivo torpe, porquanto o fato referido na denúncia como configurador da aludida qualificadora caracteriza, na realidade, o feminicídio na modalidade envolvendo violência doméstica e familiar. A qualificadora do feminicídio tem natureza subjetiva, não podendo ser cumulada com a qualificadora relativa ao motivo torpe, sob pena de "bis in idem". Recurso parcialmente provido. Sem embargo de orientação diversa, a qualificadora do feminicídio guarda natureza subjetiva. As qualificadoras do homicídio são de natureza objetiva ou subjetiva: as primeiras, referem-se aos meios e modos da ação, enquanto as últimas dizem respeito aos motivos determinantes e ao fim particular visado (ANIBAL BRUNO, Direito Penal, Parte Especial, tomo. I, crimes contra a pessoa, Forense, 1ª edição, pág. 76). Dentre as qualificadoras do homicídio encontra-se o feminicídio, conceituado, pelo Código Penal, como o delito praticado "contra a mulher por razões de condição do sexo feminino" (artigo 121, par. 2º, VI, com a redação que lhe deu a Lei nº 13.104/15). Na sequência (artigo 121, par. 2º-A), o legislador explicitou que "há razões de condição do sexo feminino quando o crime envolve": "violência doméstica e familiar" (inciso I) ou "menosprezo ou discriminação à condição de mulher" (inciso II). O tipo penal "pressupõe violência baseada no gênero, agressões que tenham como motivação a opressão à mulher" (ROGÉRIO SANCHES CUNHA, Lei do Feminicídio: breves comentários, em http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br, acessado em 13.09.2016).
> Não é, portanto, todo e qualquer homicídio contra mulher que configura o feminicídio, mas somente aquele por razão de gênero. Ou seja, a incidência da qualificadora reclama, ainda, na lição de ROGÉRIO SANCHES CUNHA, "situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher, em situação de vulnerabilidade" (artigo citado). Pressupõe quem o diz é o mesmo autor - uma motivação especial, "qual seja, o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher", pelo que a qualificadora é "claramente subjetiva". De fato, não se trata de uma qualificadora cujo suporte fático cinge-se à mulher como vítima, o que lhe daria feição objetiva. O tipo penal derivado reclama um "plus" relacionado à pessoa do agente, que deve agir movido pela intenção de cometer o delito em razão do gênero, imbuído da ideia de submissão e inferioridade da mulher.[3]

Por esse motivo, também há incompatibilidade entre o feminicídio e a figura do homicídio privilegiado. Em termos práticos, uma vez reconhecido pelo Conselho de jurados que o agente esteve um uma hipótese de homicídio privilegiado, não há que se falar em qualificadora de motivo, grupo em que se inclui a figura do feminicídio.

Nos termos do artigo 490, parágrafo único, do Código de Processo Penal (a fim de evitar contradição), o Magistrado-presidente, ao ver reconhecida a causa de diminuição da pena pelos jurados, não deve proceder à votação da qualificadora no inciso VI, do art. 121, pois incompatível com a figura do homicídio privilegiado (art. 564, parágrafo único, do Código de Processo Penal).

Como, na ordem da quesitação, a causa de diminuição de pena é sujeita anteriormente à votação, os jurados não devem ser submetidos à votação da qualificadora se o privilégio já houver sido reconhecido. Caso assim não proceda o Juiz-presidente, se o tema for debatido em sede de apelação, entende-se que não se trata de hipótese de realização de novo julgamento. O equívoco não partiu do veredicto popular, mas sim da equivocada condução da votação pelo Magistrado, que deixou de declarar como prejudicado o quesito da qualificadora, incompatível com a parte anterior do veredito popular. Nesse caso, o Tribunal, reconhecendo que foi indevida a continuidade da votação, deve declarar inválida apenas a votação da qualificadora,

independentemente de novo júri, tornando-a sem efeito, com a consequente readequação da pena.

A lei disciplina a ordem de votação das teses aduzidas em plenário, fazendo a clara opção por conceder o benefício à defesa de votação, em primeiro lugar, das teses defensivas, sendo que incumbe ao r. Juiz Presidente vislumbrar as eventuais incompatibilidades entre as alegações das partes com o fim de evitar julgamentos com conteúdo contraditório. Esse direito de preferência concedido pelo legislador à defesa merece imperiosa observância, daí a conclusão a que se chega no sentido de que deve o Tribunal simplesmente corrigir um equívoco do juiz togado, e não do conselho de sentença, não sendo o caso de realização de um segundo julgamento.

À guisa de conclusão, cumpre notar que a jurisprudência ainda é muito tímida nesta temática. Existem julgados em sentido diverso do esposado neste artigo, considerando a qualificadora do feminicídio como objetiva. A análise jurídica literal, sistêmica e histórica, entretanto, demonstra que o feminicídio possui caráter subjetivo. Em consequência, como o homicídio privilegiado contém caráter subjetivo-objetivo, por uma questão lógica não pode conviver com uma qualificadora de motivo.

Assim, nos casos do Tribunal do Júri que versem sobre feminicídio, verifica-se a incompatibilidade (i) com outra qualificadora de motivo, na denúncia e na pronúncia; e (ii) com o homicídio privilegiado, se reconhecido pelo conselho de sentença.

Em princípio, o ideal seria tratar dessa matéria em primeira instância, desde o momento da resposta à acusação, para que a denúncia seja parcialmente recebida, afastando eventual qualificadora de motivo cumulada com o feminicídio, arguindo incompatibilidade ou *bis in idem*. Caso o réu seja pronunciado, o ideal é que o juiz presidente não submeta os jurados à votação do quesito referente a uma das qualificadoras de motivo. Se esse não for o entendimento do magistrado, é importante que se faça constar o pleito na ata de julgamento, para se evitar alegação de preclusão da matéria. O mesmo procedimento deve ser realizado caso o Conselho de jurados reconheça a figura do homicídio privilegiado.

Com atenção dos tribunais, defesa e Ministério Público, quiçá a figura do feminicídio cumpra a importante missão de destaque às mazelas da violência de gênero no Brasil, sem contudo redundar em incompatibilidades ou *bis in idem*, como ocorreria se fosse cumulada com qualificadoras de motivo ou com o reconhecimento do privilégio.

---

[1] Este artigo é resultado de proposta de tese institucional apresentada no Pré-Encontro 2017 dos(as) Defensores(as) Públicos(as) Estaduais da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

2 (In: http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015

3 TJSP, Recurso Em Sentido Estrito nº 0003128-47.2015.8.26.0052, Des. Rel. Laerte Marrone, d.j. 10.11.2016

"Nada para Elas, sem Elas", Amigas da Corte: uma atuação para a democratização do processo e do sistema de justiça

"Nothing for Them, without Them", Court's Girls: an intervetion to democratize the judicial proceedings and the justice system.

Camille Vieira da Costa
Defensora Pública do Estado do Paraná
camille.costa@defensoria.pr.def.br

Bruno de Almeida Passadore
Defensor Público do Estado do Paraná
bruno.passadore@defensoria.pr.def.br

Resumo
Trata-se de trabalho apresentado no concurso de práticas exitosas do XIII Congresso Nacional de Defensores Públicos, premiada com menção honrosa. Por meio da atuação em favor da garantia do direito à educação infantil, viabilizada pela obtenção judicial de vagas em creches, buscou-se a criação de vínculos de confiança com a sociedade civil paranaense, especialmente com movimentos feministas, de mulheres e organizações de defesa do direito das crianças, de forma a legitimar socialmente a Defensoria Pública do Estado do Paraná, fomentando-se a participação destas organizações, representando os sujeitos e sujeitas de direito diretamente envolvidos na questão, na condição de "amici curiae", em processos judiciais em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a fim levar ao órgão julgador a perspectiva de gênero que envolve a efetivação da política de creche.

Palavras-chave: Gênero. Direito da Criança. Política de Creche.

Abstract
It was a work submitted and awarded in a contest of the XIII Brazilian National Congress of Public Defenders. We sought to create reliable bonds with civil society in Paraná, especially with feminist movements, women's defense and children's rights organizations in order to guarantee the kindergarten access to young children. It was possible through the judicial guarantee of places in kindergarten. While encouraging the participation the legal subject directly involved in the issue as "amici curiae" it was legitimized the role of the Public Defender's Office in the State of Paraná. It was brought the gender perspective that involves the implementation of the day care policy in the judicial proceedings at the Paraná's Court of Justice.

Keywords: *Genre. Rights of the Child. Child Care Policy.*

Figura 1. Arte produzida pela Organização Levante Popular da Juventude [1]

Descrição objetiva

A prática exitosa apresentada está relacionada à aproximação da Defensoria Pública do Estado do Paraná (DPPR) às entidades da sociedade civil e dos movimentos sociais organizados em torno da luta pelo direito das mulheres e de crianças, em especial o direito à vaga em creche. Registre-se que a garantia à vaga em creche é comumente debatida na perspectiva do direito da criança, sobretudo porque se trata de pedido veiculado perante as varas de infância e juventude. Daí porque o envolvimento do movimento de mulheres e feministas na discussão da questão ressignificou o objeto das demandas para a Defensoria e reviveu as discussões da pauta do movimento de mulheres e feministas em relação à creche, a qual havia sido excluída do Programa Estadual para Mulheres[2].

Por meio das articulações, que serão descritas no tópico pertinente à metodologia, obteve-se êxito no incentivo de que a Marcha Mundial das Mulheres, a União Brasileira de Mulheres, a Rede de Mulheres Negras do Paraná, a Rede Feminista de Saúde do Paraná e a Federação de Pais, Mães ou Responsáveis de Alunos e Alunas das Escolas Públicas do Estado

do Paraná – FEPAMEF-PR, ingressassem, na condição de "amicus curiae", nos autos de processos de suspensão de segurança em que a Defensoria Pública interpôs Agravo Regimental.

Os processos de suspensão de segurança diziam respeito a demandas coletivas e individuais[3] em trâmite perante o TJ-PR para a garantia do acesso à educação infantil por meio de obtenção de vagas em creches e que tiveram decisões concessivas de liminares suspensas pela presidência da corte estadual paranaense e oriundas da comarca de Curitiba, Cascavel e Londrina – todas grandes cidades paranaenses. Esta suspensão foi impugnada pela DPPR, através de seu Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos (NUCIDH).

Importante mencionar que a atuação dos integrantes do NUCIDH, após a interposição do recurso, visava não apenas influenciar a decisão do Órgão Especial para que este reformasse a decisão da presidência da corte, mas também que a voz da sociedade civil também pudesse ser ouvida pelo Poder Judiciário.

Deu-se início, neste aspecto, ao incentivo da participação das entidades da sociedade civil e movimentos sociais para ingressarem nos processos como "amigas da corte". Isto também se deu em observância à fala/lema que tem lugar comum nos fóruns e encontros de membros da sociedade civil que como sujeito de direitos sustentam comumente: "nada para nós ou sobre nós, sem nós".

Como forma de estreitar os laços com a sociedade civil, criando vínculos de confiança e legitimando socialmente a DPPR, convidou- se as entidades e movimentos de sociais para ingressarem nos processos, inclusive orientando-os se necessário.

É bem verdade que o ingresso no processo poderia ter se dado de forma autônoma e sem qualquer intervenção da Defensoria. Contudo, a atuação proativa de interlocução com atores da sociedade civil guarda relação com o perfil defensorial de agente de transformação social, assim como com a necessidade de fomentar outras formas de participação social no sistema de justiça, temas que serão abordados adiante.

Ademais, e com o fulcro de ser valorada a atuação dos defensores do NUCIDH faz-se igualmente necessário contextualizar a situação da Defensoria Pública paranaense e de seu Núcleo Especializado em Direitos Humanos.

A DPPR foi criada nos moldes constitucionais por meio da Lei Complementar Estadual n.º 136/2011, ou seja, 23 anos depois da inclusão da Defensoria Pública no texto constitucional. Consagrou- se com a LCE 136/2011, finalmente, e com inegável atraso, o modelo público de assistência jurídica à população vulnerável e hipossuficiente do Estado do Paraná.

Ademais, a instalação da DPPR não ocorreu por força de algum administrador convencido da importância da instituição. Em realidade, e a demonstrar a evidente falta de empenho político na criação da DPPR, sua estruturação foi determinada por decisão do Supremo Tribunal Federal[4], em decorrência do ajuizamento de uma Ação Civil Pública pelo Ministério Público.

Por outro lado, também não se pode ignorar – tal qual ocorreu em algumas Defensorias Públicas implementadas tardiamente, como é o caso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – que a mobilização social de entidades da sociedade civil influenciou a criação da

DPPR[5]. Em outras palavras, a sociedade civil é, ao lado do STF e do Ministério Público, genitora afetiva da DPPR.

De se observar que a mobilização prévia da sociedade civil para a criação da instituição por si só não se revelou suficiente para que, após organizada, fosse estabelecido um vínculo de confiança dela com a DPPR e assim se conquistasse legitimidade social para atuação defensorial em favor dos grupos vulneráveis, sejam eles organizados ou não.

Sendo assim, a prática exitosa aqui descrita relaciona-se com a construção do perfil popular e democrático da Defensoria Pública do Estado do Paraná, por meio de sucesso na construção de vínculos de confiança e legitimidade social da atuação defensorial.

Isto porque para além da legitimidade para atuação coletiva especialmente prevista na Lei de Ação Civil Pública (Lei Federal n.º 7.347/85), conquistada pelo embate judicial, muito se tem que percorrer a fim de que seja consolidada a legitimidade social da atuação da Defensoria em prol dos grupos vulneráveis.

Além da atuação com o fim de aproximação do Defensoria com a sociedade civil, a prática exitosa contribui também para a concretização de uma das faces do defensor público como agente de transformação social, a qual se exterioriza por meio do incentivo à participação processual de organizações da sociedade civil cuja pertinência temática guarde relação com o tema levado à apreciação do Poder Judiciário, na condição "amicus curiae" em causas relacionadas à promoção e defesa dos direitos humanos que tenham grande repercussão social, de forma a dar efetividade ao acesso à justiça e garantir o aprimoramento do sistema.

A Emenda Constitucional n.º 80/2014 ao dar nova redação ao artigo 134 da Constituição Federal consolida o perfil defensorial de expressão e instrumento do regime democrático de direito, e reafirma a sua missão de promover e defender os direitos humanos já inscrita no artigo 1º tanto da Lei Complementar Federal n.º 80/94, quanto da Lei Complementar Estadual n.º 136/11.

A Defensoria Pública tem o dever de garantir o acesso à justiça ao povo oprimido e excluído na sociedade, e para tanto sua atuação deve inaugurar uma nova cultura jurídica e judiciária, capaz de levar a efeito ao que Boaventura de Sousa Santos denomina por revolução democrática da justiça, a qual pressupõe dentre outros pontos: profundas reformas processuais; novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça; uma relação mais transparente do poder judicial com o poder político e a mídia, e uma relação mais densa com as organizações sociais e os movimentos sociais e uma cultura jurídica democrática e não corporativa.[6]

Cabe ao defensor público dar vazão à procura suprimida, marcada pela situação em que o cidadão ou grupos sociais, completamente invisibilizados perante o sistema de justiça, embora cientes dos seus direitos sentem-se impotentes para reivindica-los quando estes são violados.

Trata-se, portanto, de reconhecer que na atual conjuntura normativa, e como pressuposto da democracia, temos uma densificação do Poder Judiciário, o qual passa a ser garantidor de promessas constitucionais descumpridas. Por consequência, àqueles anteriormente acostumados a se contrapor as diversas formas de injustiças fora do marco jurídico – como, por

exemplo, por meio de revoluções – passam a se utilizar dos instrumentos jurídicos postos à disposição[7].

Como corolário desta situação, passa-se a exigir a incorporação do povo nos diversos mecanismos de produção de decisões, inclusive de caráter jurisdicional, tendo, a Defensoria Pública, importante papel de democratização do processo[8].

Assim, ao lado da garantia do contraditório e da ampla defesa, missão constitucional da Defensoria Pública, deve-se dar destaque a outras formas de participação popular na formação de decisões judicias. Para tanto, deve-se ser dado incentivo, através da devida assistência jurídica, para que a sociedade civil intervenha em processos judiciais de repercussão social na condição de "amicus curiae".

É desafiador garantir a efetividade deste direito perante o Poder Judiciário que se organiza de forma piramidial, numa instituição controlada por uma cúpula de juízes do mais alto escalão e isolada da realidade social, da esfera pública e das organizações sociais, o que evidencia as críticas dos movimentos sociais às respostas dadas pela magistratura às suas demandas[9]. Daí a importância da atuação do defensor público, importante ator do sistema de justiça, que vise garantir a aproximação da sociedade civil com o intuito de facilitar a participação social na tomada de decisões pelo Poder Judiciário.

Neste contexto, tem-se como ensinado pelo jusfilósofo Boaventura de Sousa Santos que "o potencial emancipatório de utilização do direito e da justiça só se confirma se os tribunais se virem como parte na coalizão política que leve a democracia a sério acima dos mercados e da posição possessiva e individualista do direito".[10]

A atuação do defensor público guiada para o incentivo à maior participação social no Sistema de Justiça dialoga com uma das funções dos direitos fundamentais na ordem jurídica e a posição do indivíduo perante o Estado caracterizada pelo status ativo dos Direitos Humanos, a partir do qual o indivíduo desfruta de competências para contribuir na formação da vontade estatal, segundo a teoria dos quatro status dos direitos fundamentais de Jellinek[11].

Não por outra razão, fala-se, na atualidade, em uma "sociedade aberta dos intérpretes", pela qual democratiza-se a atividade das cortes de justiça. A interpretação jurídica, portanto, não pode ser vista como um ato exclusivo da autoridade estatal, devendo ter acesso a este processo todas as forças da comunidade política. Trata-se, entre outras coisas, de uma legitimação da decisão judicial que não se dá apenas em sentido formal, ou seja, do simples direito de ser comunicado e falar (informação + reação), mas do direito de influenciar qualitativamente no conteúdo da decisão (informação + reação + influência)[12].

O Novo Código de Processo Civil dá espaço para que mecanismos de participação popular no processo sejam ampliados, como é a possibilidade de intervenção como "amicus curiae", prevista no artigo 138, e a realização de audiências públicas pelo Poder Judiciário, no artigo 983, §1º e no artigo 1.038, inciso II, cuja previsão legal anterior de maior relevância remonta à hipótese descrita no artigo 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, a qual regula a ação direta de inconstitucionalidade.

Importante destacar, conforme ensina Cassio Scarpinella Bueno ao tratar da figura do "amicus curiae" e do exercício do contraditório relacionado à democracia, que a abertura interpretativa indispensável ao exercício do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, é imprescindível também para todo do sistema e precisa ser generaliza, impondo-se, portanto, diálogo e cooperação com a sociedade civil, sobretudo quando se fala da "judicialização da política" e da "politização do direito" ou da "justiça"[13].

A Defensoria Pública como a instituição do sistema de justiça vocacionada a garantir o acesso à justiça de uma gama de excluídos num país ainda cenário de latentes desigualdades sociais tem o dever institucional de incentivar a utilização de mecanismos que vão ao encontro de uma perspectiva de processo mais democrático e participativo[14].

Descrição metodológica

As articulações para a consolidação do ingresso das entidades da sociedade civil e dos movimentos sociais nos processos de suspensão de segurança se deu por meio do mapeamento de eventos, atividades e reuniões relacionados ao direito das mulheres e ao direito das crianças.

Feito o mapeamento, os defensores públicos compareceram às atividades, ainda que a Defensoria Pública não tivesse sido convidada previamente para a participação, como foi o caso de reuniões feitas na cidade de Curitiba para a organização de atividades relacionadas ao dia internacional da mulher (08 de março), em que os integrantes do Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos solicitaram um momento de fala para o convite para a participação da reunião acerca dos processos de suspensão de segurança em curso a respeito da garantia de vagas em creche.

Após a realização de algumas exposições a respeito da temática e de apresentações a respeito do trabalho da Defensoria Pública, as reuniões passaram a ocorrer nas dependências da sede central da DPPR.

Algumas entidades e movimentos sociais apresentaram algumas dificuldades quanto à formalização legal como pessoa jurídica, problemas que foram superados ao longo do processo de discussão de como se daria o ingresso das entidades como "amicus curiae" nos processos.

As entidades ou movimentos não constituídos como pessoas jurídicas ingressaram em conjunto com entidades formalizadas. Não foi possível o ingresso de entidades estudantis em razão da desatualização de algumas documentações, mas estas entidades participaram das discussões acerca do déficit de vagas em creche e a repercussão sobretudo na vida das mulheres.

A prática exitosa de incentivo e efetivo ingresso das entidades da sociedade civil e movimentos sociais nos processos judiciais cujo objeto é a efetivação da política pública de creche se deu por meio da educação em direitos humanos, a partir de uma perspectiva teórica, aliada à práxis que se deu pela consolidação da luta por este direito em juízo pela voz de entidades de defesa dos direitos das mulheres de das crianças.

Importante frisar que a Ouvidoria Externa, importante instrumento de democratização da Defensoria Pública, teve relevante papel na aproximação do defensor público das organizações da sociedade civil, em especial porque lhe incumbe, nos termos do disposto no

artigo 36 da LCE 136/2011: promover atividades de intercâmbio com a sociedade civil; contribuir para a disseminação das formas de participação popular no acompanhamento e na fiscalização da prestação dos serviços realizados pela Defensoria Pública do Estado do Paraná.

Como bem colocado por Luciana Zaffalon Leme Cardoso cabe à Defensoria Pública de acordo com a Constituição Federal identificar e protagonizar maior aproximação entre as necessidades das pessoas vulnerabilizadas e o Sistema de Justiça, sendo o incentivo à intervenção processual da sociedade civil na qualidade de "amicus curiae" instrumento de gestão democrática capaz de garantir maior interação com diversos sujeitos sociais, eis que constitui elo entre legalidade e legitimidade e meio para a democratização do acesso à justiça.[15]

Sendo assim, tem-se que a atuação do defensor público – inclusive em parceria com a Ouvidoria Externa -, deve garantir o acesso à justiça de forma plena, o que se dá inclusive por meio do incentivo à participação social em processos judiciais de grande repercussão, notadamente por meio de assistência jurídica da sociedade civil para que intervenha nestes processos na qualidade de "amicus curiae".

Benefícios institucionais alcançados

Observou-se após a realização das articulações necessárias para o ingresso das entidades e movimentos sociais nos processos de suspensão de segurança maior credibilidade e confiança da sociedade civil em relação à atuação da DPPR.

Especialmente em razão do momento em que a Defensoria Pública ainda está traçando o seu perfil institucional e se diferenciando das demais instituições do sistema de justiça, esta atuação nos aproximou da sociedade civil que passa a trazer mais demandas de repercussão social para serem atendidas.

Verifica-se também que a Defensoria Pública acumulou experiências de como atuar estrategicamente em parceria com outras entidades.

Por fim, é importante mencionar que após a realização desta articulação a imprensa local[16] que vinha explorando negativamente a existência de imensas filas em frente à Defensoria Pública para o ajuizamento de ações individuais para a garantia do direito à vaga em creche, passou a abordar a questão de outra forma, focando na gravidade de o Presidente do TJ-PR ter suspendido a execução de liminares concedidas em favor da população mais vulnerável do Estado do Paraná.

Recursos envolvidos

Para a realização das atividades foram utilizados recursos diminutos como: sala de reunião; material de escritório; acesso à internet para envio de e-mails. Demonstrou-se, portanto, que a democratização do sistema de distribuição de justiça não se dá apenas por meio de grandes aportes financeiros, mas também por meio da força das ideias e da dedicação.

Referências

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme, *Fenda Democratizantes: Mecanismos de Participação Popular na Defensoria Pública e o Equacionamento da Luta Social por Oportunidade de Acesso à Justiça*. In RUGGERI RÉ, Aluisio Iunes. Temas Aprofundados: Defensoria Pública. Salvador: Juspodivm, 2013, p.35.

HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica Constitucional*, Ed. Sérgio Fabris, 1997.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*, 3ª Edição, 2015, Editora JusPodivm.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo, 2010, Editora Cortez.

SOARES DOS REIS, Gustavo Augusto; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; e JUNQUEIRA, Gustavo, *Comentários à Lei da Defensoria Pública*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

---

[1] Disponível no endereço eletrônico: http://levante.org.br/blog/?page_id=56, acessado em 22.02.2018.

[2]Conforme documento disponível em: http://www.cedm.pr.gov.br/arquivos/File/PlanoEstadualMulherParana.pdf. Acesso em 31.07.2017.

[3] Os incidentes de suspensão de segurança cassaram eficácia de decisões liminares proferidas em processos individuais e coletivos iniciados tanto pela Defensoria Pública, quanto por advogados privados. A atuação da Defensoria nas cidades relatadas se deu expressivamente de forma individual, tendo ganhado dimensão coletiva a partir do momento que se passou a questionar, por meio da interposição de Agravo Interno, a decisão do Presidente do TJ-PR.

[4] Conforme extrai-se da notícia veiculada no endereço eletrônico: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241313 . Acesso em 31.07.2017.

[5] Conforme extrai-se dos seguintes endereços eletrônicos, acessados em 22.02.2018:

- http://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2011/03/MANIFESTO-DO- MOVIMENTO-PR%C3%93.pdf ;
- http://www.sindsaudepr.org.br/noticias/1705/movimento-pro-defensoria- lanca-manifesto;
- https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=10736 ;
- http://www.alep.pr.gov.br/sala_de_imprensa/noticias/audiencia-publica-nesta- sexta-feira-6-debate-projeto-que-cria-defensoria-publica-do-parana-1 ;
- http://www.peticaopublica.com.br/pview.aspx?pi=dpublica
- http://www.bernardopilotto.com.br/2013/08/13/defensoria-publica-mais-um-direito- negado-no-parana/

[6] *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo, 2010, Editora Cortez, p. 24.

[7] Idem, p.37.

[8] SOARES DOS REIS, Gustavo Augusto; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; e JUNQUEIRA, Gustavo, *Comentários à Lei da Defensoria Pública*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 61/65 e 71/72.

[9] Idem, p.67.

[10] Idem, p.69.

[11] MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*, 3ª Edição, 2015, Editora JusPodivm, p. 186.

[12] HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica Constitucional*, Ed. Sérgio Fabris, 1997, p. 36 e 48

[13] *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro – um terceiro enigmático*. 1ª Edição, 2006, Editora Saraiva, p. 67/68.

[14] SOARES DOS REIS, Gustavo Augusto; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; e JUNQUEIRA, Gustavo, *Comentários à Lei da Defensoria Pública*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 61/65 e 71/72.

[15] *Fenda Democratizantes: Mecanismos de Participação Popular na Defensoria Pública e o Equacionamento da Luta Social por Oportunidade de Acesso à Justiça*. In RUGGERI RÉ, Aluisio Iunes. Temas Aprofundados: Defensoria Pública. Salvador: Juspodivm, 2013, p.35.

[16] Reportagens antes da atuação articulada: http://g1.globo.com/pr/parana/paranatv-2edicao/videos/t/cascavel/v/pais-dormem-na-fila-para-tentar-conseguir-vaga-em- creches-de-cascavel/5033413/; http://g1.globo.com/pr/parana/videos/t/todos-os- videos/v/pais-dormem-em-fila-da-defensoria-para-pedir-creche-para-os-filhos-em- cascavel/5033802/ . Reportagem favorável à atuação da Defensoria disponível em: http://g1.globo.com/pr/parana/bom-dia-pr/videos/t/edicoes/v/prefeituras-nao-precisam-mais-cumprir-decisao-que-exigia-abertura-de-vagas-em-creches/5927779/. Nota de esclarecimento sobre equívoco na reportagem: http://www.defensoriapublica.pr.def.br/2017/06/705/Nota-de-esclarecimento-sobre- reportagens-de-vagas-em-creches.html, Acesso em 31.07.2017.

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-92898-09-0