

2ª edição

REVISTA ACADÊMICA SÃO FRANCISCO



REESCRITA DE DECISÕES
JUDICIAIS EM PERSPECTIVA
FEMINISTA

EXPEDIENTE

ORIENTAÇÃO CIENTÍFICA

Professora Associada Nina Beatriz Stocco
Ranieri (USP)

CONSELHO CIENTÍFICO

Professora Titular Ana Elisa Liberatore Silva
Bechara (USP)
Professor Associado Marcos Augusto
Perez (USP)
Professor Thiago de Souza Amparo
(Fundação Getúlio Vargas)

EX-INTEGRANTES DA COMISSÃO EDITORIAL QUE TAMBÉM TRABALHARAM NESTA EDIÇÃO EM 2024

Eunice Costa de Lima
Ingrid Procópio de Oliveira Galletta
Leonardo Souza Gomes
Thales Parenti Gonçalves

COMISSÃO EDITORIAL

Aline Sayuri Cawamura
Cauã Sobrinho Oliveira Lima
Cristina So Young Koo
Danielle Naomi Iwai
Danilo Pineschi
Fábia Luiza Cretti
Firas Bruno Fawakhiri de Freitas
Gabriel Dallaverde de Sousa
Giovanna Diniz
Isabella Oliveira Cambi
José Bento de Oliveira Camassa
Júlia Ferreira Pinto
Larissa Naomi Endo
Laura Gabriel Bandeira
Letícia de Oliveira Ramos
Letícia Santos Ciola
Maria Clara Vecchi Lopes Ordine de Castro
Marianna de Freitas Limone
Matheus Augusto Sousa David Tavares
Matheus Leônidas Andrade Maciel
Pedro Gabriel Naghettini Gomes
Pedro Vaz Abreu Teixeira
Priscila Conde
Sara Fernandes da Cruz
Sofia Cristina Sanchez Buchala
Verônica Mello Henriques
Victor Henrique do Nascimento
Vitória Paes de Carvalho

AUTORAS E AUTORES DESTA EDIÇÃO

Aline Rodrigues de Lourdes
Augusta Nobre Vieira da Silva
Beatriz Ayme Akahoshi Hukama
Bianca de Oliveira Corrêa
Bruna de Vasconcellos Torres
Caio Afonso Borges
Carlos Eduardo Silva e Souza
Carmen Hein de Campos
Clarissa Campani Mainieri
Daniel Marques Segalovich
Fernanda Emy Matsuda
Gabriela Cortez Campos
Giovanna Silva Siqueira
João Pedro de Lima Campos
Lavínia Maria Sabage
Luísa Trindade Faria
Maria Fernanda Marques Gomes
Matheus Baptiston Herdy Menossi Pace
Otavio Binato Júnior
Pedro Rachadel Rostand Prates
Sophia Sueli Santos Appolonio.
Thais Coelho Mariano
Victor Florencio Ribeiro de Adorro
Vinicius de Camargo
Yasmin Talarico Babadobulos Souza

SUMÁRIO

Editorial.....	4
Entrevista com Eunice Aparecida de Jesus Prudente, Professora Sênior do Departamento de Direito do Estado da USP.....	7
Dossiê “Reescritas de decisões judiciais em perspectiva feminista” - Apresentação.....	18
A disputa pela aplicação da Lei Maria da Penha: reescrevendo um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.....	20
Alimentos na conjugalidade e na convivência: além do binômio possibilidade/necessidade, uma imprescindível reescrita sob a perspectiva de gênero.....	36
Gravidez em concurso público como projeto ousado e deformidade sublime aos olhos da suprema corte: reescrita feminista no bojo do RE n.º 1.058.333 (Tema n.º 973) do Supremo Tribunal Federal.....	52
Desafiando estereótipos de gênero e manifestações da cultura do estupro na compreensão judicial do consentimento em crimes sexuais.....	65
Entre a retórica punitivista e o direito ao tratamento adequado: o caso da mulher internada por tentativa de furto.....	91
Prova cabal e inequívoca de assédio sexual no ambiente de trabalho: o formalismo jurídico como mecanismo de silenciamento da vítima.....	106
Reescrita de decisão acerca da extensão da tutela da Lei Maria da Penha para mulheres trans.....	126
Reescrita de decisão judicial em perspectiva feminista: preconceitos de gênero e raça contra mulheres amarelas no Brasil.....	143
Reescrita feminista do Caso da R. P. do A.: Como decisões judiciais ultrapassam preceitos processuais em casos envolvendo aborto e gênero.....	153
Artigos com tema livre.....	169
A soberania dos veredictos frente à inconstitucionalidade da legítima defesa da honra: uma análise da medida cautelar concedida na ADPF n.º 779.....	170
Uma crítica à Teoria Geral do Processo: contra e pelas Arcadas.....	187

CARTA AO LEITOR

A história nos ensinou como as decisões judiciais podem funcionar como mecanismos de exclusão e perpetuação de desigualdades – muitas vezes mascaradas pela pretensa neutralidade do direito. Frente a isso, que postura a Academia deveria adotar? Uma resposta reside no exercício da reescrita.

O ato de reescrever decisões do gênero não se limita à mera correção de textos ou ao ajuste de normas, mas desafia os pilares interpretativos do sistema jurídico como um todo. Sob perspectivas feministas, o exercício transpõe a moldura argumentativa de um Poder Judiciário conformado por uma matriz discursiva dominante.

Essa matriz, frequentemente alicerçada em concepções universais e abstratas de justiça, silencia as desigualdades estruturais e as particularidades das experiências femininas. A reescrita apresenta-se, assim, como uma acertada ferramenta crítica de contraposição a esse conjunto de representações que constitui o discurso interpretativo.

Nesta edição, a Revista Acadêmica São Francisco se propõe a investigar o tema, de crescente relevância no debate jurídico atual. Nosso dossiê visou reunir estudos que analisam como a perspectiva feminista pode transformar o modo como interpretamos e aplicamos o direito. Dos desafios em incorporar essa visão nas práticas judiciais às reinterpretações necessárias para tornar a justiça mais inclusiva e representativa, cada artigo aponta para a possibilidade de um direito que se renova ao reconhecer as pluralidades e as especificidades das experiências femininas.

O artigo de Gabriela Cortez Campos e

Vinicius de Camargo, da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, analisa a aplicação da Lei Maria da Penha em um caso específico do Tribunal de Justiça de São Paulo. Através de uma crítica contundente, os autores destacam como a decisão original, ao afastar a proteção da Lei, desconsidera a violência de gênero e, com isso, reforça estereótipos prejudiciais sobre a vulnerabilidade das mulheres. A proposta de reescrita visa romper com esse ideal de vítima, levando em consideração a interseccionalidade das experiências das mulheres em situações de violência.

Da mesma forma, Aline Rodrigues de Lourdes e Carlos Eduardo Silva e Souza propõem uma reescrita de decisões sobre pensão alimentícia em relações de convivência. Ao criticarem a aplicação rígida do binômio possibilidade/necessidade, que frequentemente ignora as desigualdades de gênero, sugerem que a jurisprudência deve adotar uma perspectiva mais sensível às disparidades econômicas entre homens e mulheres, especialmente em situações em que a mulher assume a maior parte das responsabilidades familiares.

O trabalho de Thaís Coelho Mariano e Otávio Binato Júnior examina decisões relacionadas à gravidez em concursos públicos, defendendo que a prática de excluir mulheres grávidas das oportunidades de trabalho, especialmente em concursos públicos, é discriminatória e viola princípios constitucionais de igualdade. Propõe-se, assim, uma reinterpretação que leve em conta as necessidades das mulheres em relação à maternidade e à necessidade de criar condições de igualdade no acesso ao trabalho.

As autoras Clarissa Campani Mainieri e

Carmen Hein de Campos, por sua vez, reescrevem uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre um caso de estupro, no qual o acusado foi absolvido devido à alegada insuficiência de provas. No texto, são discutidos os estereótipos de gênero frequentemente presentes nos julgamentos de crimes sexuais e a tolerância estatal à violência sexual contra mulheres, destacando a influência da cultura do estupro na compreensão desses crimes. A proposta de reescrita busca revisar as provas de forma mais crítica, reconhecendo a credibilidade dos relatos das vítimas sem comprometer os direitos do acusado, ao mesmo tempo em que se garante justiça às sobreviventes de violência sexual.

De maneira semelhante, Fernanda Emy Matsuda e Maria Fernanda Marques Gomes revisitam uma decisão que envolve mulheres em situação de vulnerabilidade e o sistema penal. É exposto que o sistema de justiça penal frequentemente ignora as condições socioeconômicas das mulheres e sua relação com os crimes cometidos, propondo uma abordagem que leve em consideração as causas estruturais que afetam a vida das acusadas, ao invés de puni-las de forma desproporcional.

Bruna de Vasconcellos Torres, João Pedro de Lima Campos, Sophia Sueli Santos Appolonio, Victor Florencio Ribeiro de Adorro e Yasmin Talarico Babadobulos Souza abordam a temática do assédio sexual no ambiente de trabalho. Em interessante reescrita, os autores argumentam que as decisões judiciais sobre assédio sexual frequentemente falham ao minimizar o impacto psicológico sobre as vítimas e propõem uma nova abordagem que leve em conta o contexto de desigualdade de poder no ambiente profissional.

Bianca de Oliveira Corrêa e Pedro Rachadel Rostand Prates, da UnB e do IDP, respectivamente, propõem uma reescrita sobre a aplicação da Lei Maria da Penha para mu-

lheres transsexuais, discorrendo sobre como estas frequentemente ficam fora da proteção da Lei Maria da Penha – apesar de estarem igualmente expostas à violência doméstica. A proposta é garantir que todas as mulheres, independentemente de sua identidade de gênero, recebam a devida proteção legal contra a violência.

Beatriz Ayme Akahoshi Hukama contribui com uma reinterpretação de um acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST). Hukama, ao reescrever a decisão, busca evidenciar a interseção entre gênero e raça, mostrando como esses fatores estão imbricados nas formas de discriminação sofridas por mulheres asiáticas no contexto brasileiro.

Augusta Nobre Vieira da Silva, Giovanna Silva Siqueira, Lavínia Maria Sabage e Luísa Trindade Faria apresentam uma reescrita de decisões sobre aborto, discutindo como a jurisprudência tem falhado em proteger o direito das mulheres à autonomia sobre seus corpos. O objetivo central é sugerir uma reinterpretação que respeite a dignidade e os direitos humanos das mulheres em situações relacionadas à interrupção da gravidez.

Além do dossiê temático, a edição inclui artigos de tema livre que contribuem para o avanço do debate acadêmico. Caio Afonso Borges e Daniel Marques Segalovich analisaram a medida cautelar concedida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 779, defendendo a soberania dos veredictos e a inconstitucionalidade da defesa da honra, enquanto Pedro Rachadel Rostand Prates, sustentando a especificidade do Processo Penal, propôs uma crítica à Teoria Geral do Processo, com foco nas implicações da formação acadêmica e sua relação com a justiça.

A edição também apresenta uma entrevista exclusiva com a Professora Eunice Aparecida de Jesus Prudente, que compartilha

suas reflexões sobre a importância de uma perspectiva crítica e feminista no direito. Com sua vasta experiência acadêmica e política, Eunice discute a necessidade de reestruturar o sistema jurídico para torná-lo mais inclusivo e sensível às questões de gênero, racismo e desigualdade social.

Concluimos, portanto, com um convite à comunidade acadêmica para se engajar neste debate, promovendo conversas que possam reimaginar as estruturas do sistema jurídico e, mais do que isso, ajudar a garantir que o direito evolua em direção a uma justiça de fato equitativa e inclusiva.

Giovanna Diniz e Letícia Ramos
Integrantes da Comissão Editorial da Revista
Acadêmica São Francisco

Acompanhe-nos em nossas redes sociais:
<https://linktr.ee/rasf>

Entre em contato conosco por e-mail:
rasf.fdup@gmail.com

ENTREVISTA COM EUNICE APARECIDA DE JESUS

PRUDENTE, PROFESSORA SÊNIOR DO

DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO DA USP

Esta RASF teve o privilégio de entrevistar Eunice Aparecida de Jesus Prudente, Professora Sênior do Departamento de Direito do Estado da USP, em outubro de 2023.

A Professora Eunice possui uma trajetória riquíssima. Nascida em uma família com vasta tradição nos movimentos negros e trabalhistas brasileiros, se formou na Faculdade de Direito da USP e tornou-se uma das maiores referências do campo jurídico na luta contra o racismo. Também se devotou à administração pública, tendo sido Diretora Executiva da Fundação Procon, Secretária da Justiça do Estado de São Paulo e Secretária da Justiça do Município de São Paulo.

Em nossa conversa, a Professora Eunice generosamente nos contou sobre sua formação acadêmica e sua experiência como estudante da São Francisco nos anos de chumbo da Ditadura Militar. Falou sobre os debates que, naquela época, promoveu sobre a discriminação racial junto ao Centro Acadêmico XI de Agosto (C.A.) e sobre artigos que escreveu para a Revista da Academia de Letras da Faculdade. Arguta observadora da realidade nacional, a acadêmica hoje critica o capitalismo “à brasileira”, o nosso presidencialismo disfuncional e o poder desmedido do “Centrão” no Legislativo. Também nos alerta para a dimensão ainda insuficiente dos programas de permanência de estudantes de baixa renda na USP. Engajada em diversas frentes de atuação cidadã, a Professora Eunice nos relatou como foi participar da leitura da “Carta às Brasileiras e aos Brasileiros em defesa do Estado Democrático de Direito” em 2022, da campanha pela indicação de uma ministra negra ao Supremo Tribunal Federal (STF) em 2023 e da articulação para o aumento do número de docentes negros e negras na USP.

A Professora Eunice é um exemplo inspirador do fértil diálogo entre a atuação acadêmica e a mobilização social. Refletindo sobre a responsabilidade política e propositiva da pesquisa jurídica, afirma: “[...] de pesquisas interdisciplinares não podemos abrir mão, mas quando chega no âmbito do Direito, temos que decidir, não basta só criticar”.

Esperamos que esta exortação e a leitura da entrevista – cuja transcrição mantém o tom coloquial do diálogo com a professora – sejam tão inspiradoras quanto foram para nós. Veja abaixo.

A Comissão Editorial

Revista Acadêmica São Francisco (RASf): A senhora cursou a graduação da Faculdade de Direito da USP durante os anos de chumbo da Ditadura Militar de 1964, no ápice da censura e da violência de Estado e sob a vigência do Ato Institucional n.º 5. Como foi essa experiência?

Eunice Aparecida de Jesus Prudente: É verdade. Eu entrei em 1968, no ano em que os alunos tomam a Faculdade. A nossa turma, caloura, já entrou na graduação participando de um evento grave como esse.

A ocupação do prédio da Faculdade em protesto contra o regime durou mais de um mês. Como a situação política afetou o ambiente discente e a convivência universitária? Havia muita polarização entre estudantes que apoiavam e aqueles que repudiavam a Ditadura? Como era essa convivência? Havia “autocensura” de parte dos estudantes, por medo de perseguição estatal?

Era uma convivência bastante dramática, grave, porque havia o “Comando de Caça aos Comunistas” (CCC), um grupo de alunos que apoiava a Ditadura. Eles estavam presentes mais no curso do período diurno, ao passo que eu era do período noturno. Mas eles apareciam à noite também, jogavam bombas de São João, que não matam, mas assustam! Eu também me lembro de a Polícia Militar interromper as nossas aulas. Em 1969, eu me lembro de descermos as escadas correndo e policiais militares subindo. Era algo muito grave, muito assustador.

Também havia fiscalizações do governo, exercidas principalmente pela Polícia Civil, por meio de pessoas estranhas que apareciam nas salas de aula e que não conhecíamos. A gente se perguntava: “Mas quem é essa pessoa?”

RASf: Eram os infiltrados, não é?

EAJP: Eram os infiltrados! Era justamente

para se verificar o que se comentava contra o governo ou qualquer crítica. Foi um momento muito grave.

Agora, falando mais pessoalmente: meu pai era metalúrgico e minha mãe, tecelã, ambos sindicalistas. Por isso, eu já havia frequentado audiências e manifestações de trabalhadores. Meus pais haviam se conhecido na Juventude Operária Católica (JUC), que era um segmento próximo da Teologia da Libertação, que discutia as questões trabalhistas, a importância do trabalhador na produção, a dignidade do trabalhador, a partir do pensamento do Papa Leão XIII e, sobretudo, das disposições da Encíclica do Papa João XXIII. Eram essas as discussões.

Inclusive, uma das minhas tias, a mais nova, irmã do meu pai, foi presidente nacional da JUC. Viajou por vários países da Europa, então tinha uma grande bagagem de conhecimento e se tornou depois educadora. Na época da gestão Luiza Erundina, a Prefeitura deu o nome dessa minha tia, Anna Florêncio Romão, a uma escola municipal na Vila Euthalia, na Zona Leste de São Paulo, região em que ela atuou como educadora.

Em uma ocasião, acompanhando minhas tias em uma reunião política na igreja de São Francisco (algo que acontecia muito), passamos, à tarde, pelo Largo São Francisco e havia uma manifestação estudantil. Eu perguntei, então, às minhas tias: “Nossa, eles não têm medo dos generais?”. Elas responderam que de jeito nenhum, pois eram os movimentos dos universitários. Então, eu olhei para aquele prédio e toda a garra dos estudantes, corajosos. Foi quando eu senti vontade de cursar Direito na USP.

Eu devo ser de uma das últimas gerações da escola pública com qualidade, tanto que passei no vestibular para Direito e História na USP. Naquela época, era possível fazer dois cursos de graduação simultaneamente. Por dois anos, eu fiz o curso de Direito à noite e História à tarde.

Depois, para trabalhar, tive que sair de um dos cursos para trabalhar. Deixei História e continuei com o Direito.

Devo dizer que a imposição pelos Estados Unidos da América aqui ao Brasil (e também aos nossos hermanos da América Latina) do programa MEC-USAID para a educação foi o que detonou e prejudicou a educação no país. Eu nunca estudei em escola privada, só estudei em escolas públicas.

A primeira vez que eu entrei no prédio da Faculdade de Direito foi em uma formatura, antes de 1968. As minhas tias tinham como amigo e irmão o Fidélis Cabral, sobrinho do Amílcar Cabral, grande líder libertador da Guiné-Bissau contra os portugueses. O Fidélis Cabral, uspiano, terminou o curso de Direito, voltou para Guiné-Bissau, lutou nas guerrilhas e depois foi ministro, após a independência do país.

Esse amigo convidou minhas tias para a formatura e elas já me apontaram que, dentre as centenas de formandos, havia apenas duas pessoas negras. Um rapaz brasileiro e outro africano, o Fidélis Cabral. Sempre me chamou a atenção o número diminuto de colegas negros na Universidade de São Paulo.

Mas, durante a graduação, eu participei muito do movimento de estudantes negros na Faculdade. Um dos líderes, chamado Antônio de Gouveia Júnior, era presidente do Centro Acadêmico XI de Agosto e promoveu (acredito que pela primeira vez e comigo coordenando) discussões no C.A. sobre a questão racial.

Este era o chamado “Grupo dos 20”, Professora?

Era o “Grupo dos 20”, o famoso “Grupo dos 20”. Eu contava: “Acho que (somos) 19” e diziam “Não, somos 21”. Era o “Grupo dos 21”, mas porque esse número? Eu contava e chegava ao número de 19 negros, contando as turmas da manhã e da noite. Mas era assim que nos denominamos. As diversas gestões anuais do

Centro Acadêmico abraçavam, sim, a nossa causa. Participei também de duas revistas publicadas. Quando vocês me convidaram para a entrevista, eu me lembrei de revistas que eram publicadas pela Associação de Letras.

A Academia de Letras?

Isso, a Academia de Letras da Faculdade de Direito. Quando eu estava no último ano do curso, no quinto ano, participei dessa Academia de Letras escrevendo um pequeno artigo sobre cultos afro-brasileiros. Lembro de ter publicado mais um artigo na Revista da Academia. Infelizmente, eu não tenho mais os exemplares dessas revistas e não me lembro mais o nome delas. Era uma atividade literária muito séria, muito respeitável no âmbito da Faculdade.

É muito interessante conhecermos essas facetas da história da Faculdade que costumamos não saber. Vamos tentar entrar em contato com a Academia de Letras para verificar se ela ainda possui esses exemplares dessa Revista...

Ainda tratando da vida estudantil e política na faculdade, considerando a sua experiência na graduação e toda a atuação do “Grupo dos 20” nas décadas de 1960 e 1970, como a senhora vê a ponte entre as lutas e a militância da sua geração e entidades da São Francisco atual que lutam pela igualdade racial como o Coletivo Angela Davis e o Quilombo Oxê (entidade que é, inclusive, orientada pela senhora)? Como é dialogar com esses grupos? Que semelhanças e diferenças a senhora percebe entre as lutas dessas diferentes gerações?

Muito importante! É muito importante, mas o nosso diálogo envolve diferenças. Eu sou de uma geração em que as famílias negras educavam seus filhos da seguinte forma: “Olha, você precisa estudar, você precisa se desenvolver, mas preste concurso público!”, porque a discriminação no mercado de trabalho era – e até hoje é, infelizmente – muito grave. Meu pai,

que depois de sua aposentadoria se tornou empreendedor, me disse: “O ideal é não ser empregado de ninguém! Assim que você for advogada, procure organizar e abrir o seu escritório!”.

De certa forma, esses valores e muitas dessas orientações eram um ideário pequeno-burguês, no sentido de que as moças deveriam ser muito comportadas, as moças deveriam se casar virgens, uma série de concepções pequeno-burguesas.

O primeiro movimento social do Brasil é, sem dúvida, o Movimento Negro, desde as insurreições e formações de quilombos. Depois, conquistada a cidadania, a luta negra assume uma independência e continua lutando contra as diversas formas de discriminação, apontando-as como atos de violência. Um dos movimentos negros do passado foi a Frente Negra Brasileira (FNB). Meu avô materno participou dessa entidade em Jundiaí. Os heróis da Frente Negra Brasileira se hospedavam, quando passavam por Jundiaí, na casa dele, na casa dos meus avós. A Frente tinha uma proposta de inclusão do negro no mundo da cidadania e do trabalho.

O que nós vamos assistir foi o crescimento do Movimento Negro na luta contra a Ditadura Militar. Mas não foi só o Movimento Negro, não, também foi o caso do feminismo, do movimento pelos direitos da população LGBTQIA+, do movimento dos trabalhadores... Os movimentos crescem quando têm um inimigo comum, que era a Ditadura.

Como muitos pensadores já disseram, no momento de crise, de enfrentamento, tudo se transforma, a gente cresce. Então, o que nós vemos é que se a Frente Negra Brasileira, sem equipamento, chegou a todo o Brasil, ou pelo menos às grandes cidades – e depois foi extinta pela ditadura Vargas –, o Movimento Negro continuou crescendo. Ele vem crescendo e já é integrado por intelectuais negros, mulheres negras pensadoras. No entanto, atualmente ele

tem um posicionamento muito diferente, ele critica veementemente o sistema socioeconômico capitalista, ele vai bem mais longe do que o movimento antigo, da minha geração. Na minha geração, eu me casei com um homem 10 anos mais novo do que eu, então eu me lembro como a família ficava assustada. Ainda mais que o Celso Prudente, meu ex-marido, participava de um movimento trotskista quando jovem. Era um movimento político que assustava a muitos, principalmente a muitas pessoas mais velhas do Movimento Negro, acomodadas a valores pequeno-burgueses.

Com o Movimento Negro Unificado (MNU), desde a década de 1970, vemos uma mudança de mentalidade. E atualmente, estamos assistindo à chegada de jovens negros à Universidade de São Paulo (USP). Essa nova juventude é lúcida, ela é informada, ela é posicionada à esquerda, né? Com toda razão, porque ela critica diretamente o sistema socioeconômico capitalista.

O capitalismo “à brasileira” é tão grave que existem momentos em que não há sequer público consumidor. Vi na televisão recentemente uma liderança de produtores de leite, quase chorando na televisão, dizendo que não havia consumo de leite. Por que não havia? Por que as pessoas não estão comprando leite? Porque as pessoas estão numa fase de fome, porque não estão conseguindo comprar um leite, né? Isso é muito grave! Perceber isso e criticar isso é indispensável. E como! Na Igreja Católica Romana, a Teologia da Libertação, que fazia essa crítica, foi perseguida e violentada pelo Joseph Ratzinger, né?

Eu não sei até que ponto a nova geração me tolera porque eu seria, até por uma questão de origem, uma social-democrata. Porém, absolutamente, não tenho nada a ver com esse PSDB horroroso que o Brasil tem. Não tenho mais nada a ver com eles.

Como sabe o Movimento Negro na atua-

lidade, o momento presente demonstra que precisamos, sim, ter posicionamentos muito sérios, críticos e realistas em torno do sistema socioeconômico adotado pelo Brasil. A nossa Constituição Federal, no art. 170, chama a atenção de empreendedores econômicos e financeiros para compromissos com justiça social. Mas não é o que se observa na realidade.

Então, essa juventude que vemos hoje é muito lúcida e muito bem preparada, inclusive intelectualmente, porque observe que as médias de cotistas e não-cotistas se equiparam, nosso Diretor Celso Campilongo tem esses resultados. Eles impressionam. A adoção de cotas sociais e raciais foi um investimento no futuro da educação que a Universidade de São Paulo fez, ainda que depois das universidades federais, é verdade. Agora precisamos prosseguir garantindo o direito à educação.

Nossa Revista se dedica à área acadêmica e busca incentivar que os estudantes se aprofundem na atividade de pesquisa e que considerem cursar uma pós-graduação. Assim, gostaríamos de perguntar sobre a sua dissertação de mestrado, intitulada “Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil”, defendida em 1980, orientada pelo Professor Dalmo de Abreu Dallari e publicada pela editora Julex em 1989. Como foi investigar um tema sobre o qual na época se escrevia pouco no campo do Direito? Além disso, como foi fazer uma pesquisa com uma abordagem tão interdisciplinar com outras Ciências Humanas, como História?

Na verdade, já no primeiro ano da graduação, eu fui aluna do Professor Dalmo de Abreu Dallari, nosso saudoso doutor dos Direitos Humanos. Ele foi meu orientador no mestrado e no doutorado, sempre me chamando atenção para uma para uma teoria crítica de direitos humanos. Ele dizia “Olha, você não vai fazer mera demonstração de conhecimento, não, né? Você tem que inovar. Você tem que trazer uma

contribuição”.

Por orientações familiares, por participar já do Movimento Negro, eu me voltei em 1980 ao tema da criminalização da discriminação racial. Se o Direito se desenvolve a partir da cultura dos povos, se o Direito coloca sob proteção dos principais valores e conquistas de um povo, como é que no Brasil ocorria a discriminação racial e o Direito encontrava-se alheio a isso? Pior: o Direito humilhava os discriminados, já que estava em vigor a Lei n.º 1.390 de 1951 – conhecida como Lei Afonso Arinos – que tipificava discriminação racial como mera contravenção penal. Mas não é mera contravenção penal, é crime. Pelos males que causa à pessoa e à toda a sociedade, deve ser crime. Então, ao escrever sobre isso, me foi muito útil o conhecimento que obtive no Departamento de História da USP.

Utilizei em meu estudo o livro de Agostinho Marques Perdigão Malheiro, “A Escravidão no Brasil”. São impressionantes as análises que ele faz de como o Direito brasileiro coisificava então o escravizado, como o Direito sequer alcançava todas as relações entre o senhor e o escravizado, porque podia se utilizar do Direito Romano. Ocorre que na Roma Antiga não havia racismo. O escravo em Roma e no mundo antigo não era exatamente um negro – poderia ser, mas não era, na maioria dos casos.

As leis imigratórias brasileiras foram manifestamente racistas. A situação aqui é muito diferente do Direito Romano. Em Roma ou no Mundo Antigo, o escravo podia ser integrado. Não foi o caso aqui. Minha conclusão é de que a escravidão de africanos e ameríndios nas Américas e no Brasil, que durou quase 400 anos, é, na verdade, uma fase gravíssima, mas muito importante, do Capitalismo.

O sistema socioeconômico capitalista chega escravizando pessoas. E aí a gente faz o quê, agora? Sendo que, no caso brasileiro, por muito tempo nós não tivemos nenhuma política

de integração, de socorro, ao negro.

Aquela nossa primeira Constituição, de 1824 – a Monárquica – vai ficar quase 65 anos em vigor. Em nenhum momento ela se refere à escravidão ou escravidão de pessoas. Mas, quando ela vai dispor de cidadania aparece lá o “liberto”. Aí a gente pensa: “Quem é esse liberto?”. Era alguém que, escravo, havia obtido uma alforria, que havia comprado ou que havia sido doada, e ele era agora um cidadão brasileiro, mas chamado pela própria constituição de “liberto”. Com isso, exercia uma cidadania a menor, diferenciada das outras pessoas.

Depois no doutorado, eu mudei meu tema de pesquisa, mas mantendo a preocupação social. Na época, eu já trabalhava, atuando como advogada pública – eu fui advogada da EMPLASA (Empresa Paulista de Planejamento Metropolitano). Essa experiência de advocacia pública, numa empresa pública, me chamou muito a atenção. Também pela minha idade, eu sou de uma geração que eu convivi com crianças imigrantes europeias ainda, chegando aqui muita gente da Europa, e convivi também com a chamada migração interna. Assim, eu trouxe a metropolização de São Paulo como estudo de caso em meu doutorado. Nesse processo de crescimento urbano, observamos simplesmente um menosprezo de governos com os Direitos Humanos desses migrantes internos. Então, escrever sobre os direitos de personalidade e exercício de cidadania foi meu tema de doutorado, investigando o caso da metropolização de São Paulo: uma das grandes metrópoles do mundo, mas com uma qualidade de vida muito ruim. Os primeiros sacrificados foram os migrantes internos que vieram do Nordeste, de Minas Gerais, do Paraná, durante várias décadas.

Minha tese é de que os direitos de personalidade, tão bem considerados no Direito Civil, são os mesmos dos direitos da pessoa, estudados no Direito Público, nos Direitos Hu-

manos. Dependendo da situação socioeconômica da família, dependendo da etnia da família, uma pessoa, mesmo que com muitos talentos, não consegue desenvolvê-los. O Brasil perde os seus talentos e as suas pessoas pelo racismo, pela violência, pelo desequilíbrio socioeconômico muito grave que existe aqui. Eu continuo com esse tema de pesquisa até hoje sobre esse capitalismo “à brasileira”, profundamente desigual. Quando se viaja, quando se observam outras repúblicas capitalistas, nota-se uma situação diferente da do Brasil, menos desigual.

A senhora se destaca por ter uma importante atuação em manifestações e reivindicações relacionadas a importantíssimas pautas políticas contemporâneas. Uma delas foi a leitura, na Faculdade, da “Carta às Brasileiras e aos Brasileiros em defesa do Estado Democrático de Direito” em 11 de agosto de 2022 no contexto das ameaças do então presidente Jair Bolsonaro contra o sistema eleitoral. Em 2023, outra importante ação política da senhora foi participar dos diálogos com a Reitoria da Universidade de São Paulo para ampliação de docentes negros na USP. Também recentemente, a senhora tem encabeçado a demanda por uma ministra negra no STF.

Como foi, para a senhora, participar desses movimentos? Como sua intervenção nas causas públicas que citamos (entre muitas outras nas quais a senhora já se engajou) tem dialogado com a sua trajetória permeada por diferentes formas de atuação profissional e acadêmica (advogada pública, docente, pesquisadora)?

Minha linha de pesquisa no Departamento de Direito do Estado é a respeito das tendências do Estado contemporâneo. A conclusão a que estou chegando em minhas pesquisas é a seguinte: as revoluções liberais, que propuseram as instituições políticas tão adotadas em todo o planeta, mas em especial presentes no Norte

global, aqui no Sul do mundo sofrem muitos problemas. Gravíssimos. Veja o sistema presidencialista. Nós conquistamos um destaque do Estado para o social, é uma realidade. Basta ver na Constituição de 1988 as diversas formas de intervenção do Estado na economia e na sociedade. As prestações sociais positivas são direitos sociais constitucionais.

Mesmo assim, a situação social brasileira vai muito mal. Acho que uma mesma pessoa ser chefe de Estado e chefe de Governo não funciona muito bem em um Estado Social. O regime presidencialista não se adequou ao nosso tipo de Estado. Não deu certo. Aliás, nem onde o regime presidencialista foi pensado originalmente, nos Estados Unidos da América, está dando certo atualmente.

Mas, pensando no Brasil, vemos situações que chegam ao absurdo, como no último governo. Por exemplo, o perdão presidencial dado ao ex-deputado Daniel Silveira, acusado e condenado por ameaças ao Supremo Tribunal Federal. Isso não é cabível em um Estado Democrático de Direito. A proposta de um Estado Democrático de Direito é a de um controle e um equilíbrio entre as funções do Estado. Também estamos vendo esse equilíbrio na atual conjuntura. Estamos assistindo a um atropelamento do governo Lula pelo Congresso Nacional, que está eivado de criaturas e de partidos terríveis. O ex-presidente Bolsonaro não teve a oposição que o Lula está enfrentando.

A equipe ministerial do atual governo é diversa, é bem preparada e representa a sociedade. Só que há uma intromissão do "Centrão" na agenda política, comprometendo a qualidade do governo. As nossas instituições políticas precisam ser repensadas. A ideia de separação de poderes e de funções do governo vem lá do século XVIII, mas não vem sendo bem entendida e executada, a demonstrar, para mim, que a institucionalidade precisa ser repensada.

No que diz respeito à participação, à ma-

nifestação pela democracia contra o autoritarismo, o refazimento da Carta tão importante do Professor Goffredo da Silva Telles, eu apenas li apenas li um trecho, junto de outras professoras da Faculdade, como a Maria Paula Dallari Bucci e a vice-diretora Ana Elisa Liberatore Bechara. Para mim, foi um dos momentos mais importantes da minha vida.

Me senti muito útil ali. Porque foi uma manifestação política e política é, sem dúvida alguma, a ciência, a arte que vai propiciar o respeito à individualidade e à convivência na coletividade com respeito. Política é coisa séria, é o que ficou aí demonstrado naquela manifestação.

Bom, quanto à recente greve estudantil e às questões da nossa reitoria em torno da manutenção de alunos, principalmente cotistas, na USP, a minha experiência como gestora pública vai no seguinte sentido: a atual gestão da Reitoria do Dr. Carlos Gilberto Carlotti Júnior instituiu a Pró-Reitoria de Inclusão e Pertencimento (PRIP). A estrutura está aí. Então o que a gente pode e deve fazer? Acredito que agora, a estrutura tem que funcionar: ela foi instituída, ela existe, então precisamos fazê-la funcionar.

Na nossa escola, todos nós assistimos à atuação do Professor Floriano de Azevedo Marques na Diretoria (e agora com continuidade com o Professor Celso Campilongo). A Diretoria realmente se dedicou a chamar a sociedade para garantir a manutenção desses alunos. Sou testemunha ocular disso, sobretudo na busca de contribuições de escritórios de advocacia e de pessoas formadas na Faculdade. Vejo o Professor Floriano como um liberal muito esclarecido e respeitável.

Então, vimos antigas turmas que reformaram salas de aula da Faculdade, professores que participaram de um movimento na pandemia para comprar notebooks para alunos de baixa renda. E vem aí a reforma na Casa do Estudante. Eu elogio todo esse trabalho e acho que

ele é plenamente constitucional porque a iniciativa privada deve ter compromisso com a justiça social. Foi isso que a diretoria fez: chamou o setor privado para fortalecer a universidade pública e melhorar as condições de permanência de seus estudantes.

Mas isso foi a Faculdade de Direito. E a FFLCH? E as outras unidades, como é que ficam? Então, todos devem ter um posicionamento crítico em relação a essa carência, o que não significa xingar e desrespeitar quem quer que seja, mas chamar a atenção da gestão reitoral para fortalecer e aprimorar a atuação da PRIP.

Como gestora pública, tenho plena confiança nesses aprimoramentos. É o que vi na minha experiência quando fui Secretária de Justiça do Estado de São Paulo, em 2006, durante os governos de Geraldo Alckmin e de Cláudio Lembo. Por exemplo, no que diz respeito ao Instituto de Terras do Estado de São Paulo (ITESP), vinculado à Secretaria de Justiça, abri as portas para receber os movimentos sociais. O primeiro movimento que eu recebi foi o Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra (MST). A questão fundiária no país é muito grave e não é porque não haja terra, né? A gente sabe disso.

Então, nos mobilizamos para fazer funcionar o ITESP, buscando o dinheiro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). Era a primeira gestão do Lula no governo federal. Mesmo a administração federal sendo de outro partido, o PT, tivemos relações excelentes graças à pessoa que, em São Paulo, dirigia o INCRA. Foi de lá que veio o dinheiro para compra de terra, de trator, de semente para incrementar os assentamentos em São Paulo. E é claro que o MST não nos via assim. Eram muito desconfiados, né?

Então fazíamos reuniões com 58 itens, duravam quase o dia inteiro. Era uma correria danada. Nunca pedi nome completo ou CPF de ninguém, pois eu tinha consciência de que es-

tava atuando com movimentos sociais. Muitas vezes nos deslocamos para onde fosse necessário, além da visita aos quilombos em busca da titulação de terras, também competência do ITESP do Estado de São Paulo.

Foram anos de muito trabalho e o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP) aprovou todas aquelas nossas contas. Trabalhamos com dignidade e conseguimos avanços. O Cláudio Lembo é um outro liberal também, mas um liberal muito sério quando faz política. A Professora Mônica Hermann Salem Caggiano (da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP) era a chefe do Gabinete do Governador.

Então, por isso é que chamo atenção para a PRIP. Ela foi criada para funcionar, aí vai precisar de verba pública para a sua sustentação, com certeza! Também tenho a honra de conhecer outros colegas docentes negros da USP, então nós instituímos juntos – formamos, melhor dizendo –, o coletivo Docentes Negras e Negros da USP – já acrescentaram o Negres no título. Lidamos com a seguinte realidade: a USP tem mais de 5 mil professores, apenas 129 são negros. Fizemos um mapeamento e um estudo sobre isso. Essas nossas reuniões, discussões, geraram um petição que foi entregue ao Reitor da Universidade, o Doutor Carlotti, e cada um dos membros do coletivo entregou aos seus respectivos diretores. Este parecer, de 15 páginas, é de minha autoria e chama a atenção e valoriza muito a autonomia universitária e o compromisso da Universidade com a diversidade. Se o ensino e a pesquisa estão ali na Constituição, e a diversidade? Citamos também os escritos do Professor Doutor Adilson José Moreira (da Universidade Presbiteriana Mackenzie) cuja pesquisa foi feita lá nos United States e analisa a diversidade como valor institucional.

A partir da minha contribuição e a dos colegas, fizemos uma proposta política de a-

ções afirmativas a serem ali praticadas, nos concursos para a docência na USP inclusive na progressão da carreira, sem nenhum custo a mais para a Universidade.

Valorizo muito esse trabalho, porque foram principalmente os colegas das exatas, das engenharias, que pediram essa proposta, nós discutimos e fomos mudando, inclusive no âmbito da ADUSP (Associação dos Docentes da USP). Inclusive, desde que me juntei à USP sou filiada à ADUSP e ao SINTUSP (Sindicato dos Trabalhadores da USP). Nunca deixei de ser sindicalizada. Aprendi isso em casa, com meus pais.

Mas a verdade é que temos essa proposta, ela não foi discutida no Conselho Universitário (CO), o que veio lá foi outra proposta, não foi a nossa, então, há muitas razões para se criticar a gestão. Mas, criticar com propostas para que ela se volte a esses valores constitucionais que nós pusemos na mesa. Eu tenho esperança de que o Conselho Universitário vá tomar a proposta dos Docentes Negras e Negros da USP, discuti-la e nos dizer porque adotará ou não nossa sugestão. Enfim, é a situação da atualidade.

Professora, quanto ao Governo Lula, como tornar vitoriosa a luta para que haja uma ministra negra (e se possível, mais de uma) no STF? É uma luta que a senhora também tem encabeçado.

É mais uma atividade política, porque são muitos colegas participando, mas é verdade. Temos no âmbito do Direito muitos juristas negros e negras. E a importância também aí é do Supremo Tribunal Federal, que vem nos “socorrendo”, dada a ineficiência, sobretudo, do numeroso Legislativo brasileiro, em pautas como a proteção da população LGBTQIA+.

Pelo próprio histórico do Supremo Tribunal Federal – e pelas pouquíssimas mulheres que até hoje integraram aquela Corte – já é tem-

po de a corte contar com ministras. Volto a dizer, diversidade tem valor cultural e institucional.

Então estamos precisamos de mulheres, sim, no Supremo, e por que não uma jurista negra? Foi proposto ao Governo Lula uma respeitável lista de juristas negras. Vamos ver, né. A gente está esperando que ele se pronuncie nesse sentido, porque enquanto nós não valorizarmos esse número significativo de brasileiros – que na verdade são brasileiras: as mulheres negras estão em sua maioria na base larga da composição demográfica e socioeconômica brasileira –, o Brasil não vai se desenvolver. E essa representatividade política de termos uma mulher negra na nossa Suprema Corte seria fundamental para o desenvolvimento de todo o povo. Então estamos aí numa campanha política aguardando o pronunciamento do Presidente, mas volto a dizer: o governo está atormentado pelo Centrão.

É verdade, é um problema estrutural que precisa ser enfrentado. Professora, estamos caminhando para o fim da entrevista. Para concluirmos, gostaríamos de lhe pedir dois comentários: o primeiro sobre as pesquisas que a senhora vêm desenvolvendo e, em segundo lugar, os conselhos, incentivos ou recomendações que a senhora daria para a nova geração também buscar o caminho de uma pesquisa na graduação ou na pós-graduação.

Lembrando o que dizia o Professor Dalmo de Abreu Dallari, “Precisamos enfrentar todas as formas de opressão e elas são variáveis”. Mas há um tema em que eu estou chegando agora, são as decolonialidades. Já é tempo do Brasil se olhar e buscar nossa riqueza, que é justamente a nossa formação, que advém de povos de todo o mundo. Temos que nos olhar e erigir novas instituições políticas. Acho que ao eleger o Executivo, poderíamos também eleger (como já houve na Suíça e Uruguai) um ministro da economia, um outro ministro de uma área

social e outros, no sentido de que já elegeríamos aí um grupo.

Também acho que a organização interna, a nossa Federação, também está precisando de novos olhares e alterações. Essa é a conclusão a que se chega. A representação no Senado, essa Segunda Casa Legislativa, poderia ser uma representação mais regionalizada. Há muita gente, muitos assessores. A Constituição não se refere ao Alto Clero, mas ele existe. E cada um que integra o Alto Clero tem 27 assessores! Veja quanta gente que nós, o povo brasileiro, estamos colocando naquela Brasília. E para quê?

Então, é preciso sim reformular – pelo menos os meus estudos vão nesse sentido. Trazendo agora as decolonialidades, eu tenho sim muita esperança, porque aqui no meu entendimento, o chão de fábrica chegou à Universidade, e a Academia é a responsável pelo futuro. Recentemente, em um evento na Faculdade de Direito, uma aluna cotista se referiu ao usucapião coletivo no qual a família dela participou. Então, as teses apresentadas no âmbito do Direito não são necessariamente apenas “teses”, também passam a envolver experiências pessoais. No Instituto de Psicologia, durante uma discussão sobre violência obstétrica, uma aluna chorou na sala de aula. Ela tinha apanhado do médico quando tivera seu bebê no hospital público.

Então, a USP também está mudando e vai mudar com a presença do povo do “chão de fábrica” lá dentro. E esse povo negro tem uma cultura que precisa ser valorizada, ser vista e estar presente nas diversas escolas da USP.

Com base na sua ampla atuação nas áreas acadêmica e política, que conselhos teria para o corpo discente atual nesses dois campos? Como eles podem dialogar?

Meu conselho é a esperança (risos), mas também uma participação política ativa! A nossa cidadania precisa ser desperta. É muito im-

portante que todos, principalmente os jovens, procurem cobrar os governos através de audiências públicas, plebiscitos, referendos. Que critiquem os partidos. Os partidos não podem “aprontar” tudo o que eles fizeram com as políticas, com o dinheiro que foi destinado às políticas de representação de mulheres negras através do mau uso e desvio dessa verba. O povo precisa sair às ruas e se manifestar. Meu conselho é uma participação política.

Esperamos que a pesquisa acadêmica como um todo possa contribuir para enfrentarmos e refletirmos sobre esses problemas sociais e políticos. Para quem está cursando a graduação em Direito, é uma responsabilidade adicional, não é?

É verdade. De pesquisas interdisciplinares não podemos abrir mão, mas quando chega no âmbito do Direito, temos que decidir, não basta só criticar. Isso nos traz uma responsabilidade: não vamos fugir dela! Se é preciso mudar, então faremos as propostas de mudança.

Não adianta entrarmos em um discurso de que devemos manter certas opções políticas apenas porque “na Europa sempre foi assim”. Mas aqui é o Brasil! E as decolonialidades também estão na mesa agora.

Professora, antes de terminarmos, a senhora poderia dar alguma dica cultural não jurídica (livro, filme, série televisiva, música, obra de artes visuais etc.) para nosso público-leitor da graduação? Seria interessante para enriquecer o repertório cultural das e dos estudantes. Poderia contar um pouco sobre essa obra de arte e explicar por que a recomenda?

Nas minhas pesquisas, entendo o direito como expressão de cultura (Miguel Reale) de seres sociais e racionais, tanto que quando o cidadão não compreende o direito, é o direito que está errado e assim não presta para nada. Nossa cultura fundada em graves experiências

vem sendo expressa por poetas. Assim sendo, utilizo poesias, principalmente as musicadas em minhas aulas.

Destaco duas, sempre na minha memória: “Ai que saudades da Amélia” e “O Meu Guri”.

Mas convém prestar atenção às letras das canções, com a música em separado, posto que a música brasileira, sobretudo o samba em variadas versões, é melodiosa. Assim, corre-se o risco de cantar sem pensar/meditar as mensagens de suas poesias.

Se me dedico a uma teoria crítica de direitos humanos, preciso ir ao âmago da sociedade em busca de informações e com enfoque descolonial, enfocando realidades brasileiras.

Imaginem a poesia de Mário Lago (Ataulfo Alves criou a música), simpatizante do Partido Comunista, culto e respeitado, porém criador da letra “Ai que saudades da Amélia”, a personagem que “passava fome” e “achava bonito não ter o que comer”, dentre outros absurdos e humilhações. Chama atenção como manifestação misógina e racista, posto que conforme relatam Jairo Severiano e Zuza Homem de Mello, a personagem era uma lavadeira, mãe de nove ou dez crianças.

As contribuições de Chico Buarque são espetaculares, demonstrando realidades e enfrentamento de opressões.

Uma de suas canções, a poesia “O Meu Guri” expressa a situação de miseráveis brasileiros, a mãe desinformada, o filho que nasceu sem planejamento e com “cara de fome”. O destino dos adolescentes pobres e pretos com mortes violentas. São tão frequentes e graves que a mãe custa a entendê-las. A nossa sociedade também!

E isso apesar de há 35 anos a Constituição Federal determinar no seu art. 226, parágrafo 7º, que: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

Eis duas poesias musicais que me emocionam.

Professora, muito obrigado pela possibilidade de um diálogo tão rico com a senhora! Temos certeza de que nosso público-leitor apreciará muito a entrevista.

Quero agradecer muito a oportunidade e a confiança da Revista em mim, bem como à Professora Nina Ranieri (orientadora da RASF) que fez a ponte entre nós.

NOTAS DE RODAPÉ

¹ “Grupo dos 20” ou “Grupo dos 21” foi um grupo composto por estudantes negros e negras da Faculdade de Direito da USP entre o fim da década de 1960 e início da de 1970. Além de ser um núcleo de sociabilidade e apoio mútuo, o grupo também promoveu debates sobre o racismo e as populações afrodescendentes no Brasil.

² MELLO, Zuza Homem; SEVERIANO, Jaime. **A Canção no Tempo**. 85 Anos de Músicas Brasileiras. Volume 1:1901-1957. São Paulo:Editora 34, 1997, 366 p.

DOSSIÊ: "REESCRITA DE DECISÕES JUDICIAIS EM PERSPECTIVA FEMINISTA"

APRESENTAÇÃO

A proposta de abertura de edital para a construção coletiva de um dossiê dedicado às reescritas de decisões judiciais em perspectivas feministas deve ser compreendida como desdobramento do projeto Reescrevendo Decisões Judiciais em Perspectivas Feministas, coordenado pela Profa. Associada Fabiana Cristina Severi, da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDUSP-RP), e inspirado em experiências similares em diversos países, a partir do projeto pioneiro do Canadá (Women's Court of Canada Project, 2006). Os capítulos coordenados pela Profa. Associada Mariângela Gama de Magalhães Gomes e pela Profa. Dra. Júlia Lenzi Silva, que compõem a coletânea "Reescrevendo decisões judiciais em perspectivas feministas: a experiência brasileira", lançada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) em junho de 2023, contribuíram para a divulgação desta abordagem metodológica, suscitando debates em torno de seu potencial didático-pedagógico e teórico-político.

A adoção de uma perspectiva feminista na construção de decisões judiciais pode fazer alguma diferença? Se sim, como compatibilizar a defesa de sua adoção com os princípios da imparcialidade ou neutralidade que, historicamente, delimitam a interpretação e aplicação do direito? A partir do arcabouço normativo existente hoje, é possível a construção de decisões judiciais de maior qualidade técnica e capacidade de persuasão por meio de metodologias e abordagens jurídicas feministas? E, por fim, ultrapassando a reprodução e o reforço aos estereótipos de gênero, pode o direito contribuir para a construção de discursos mais equitativos sobre gênero, reafirmando a dignidade das mulheres e outros grupos de pessoas em condições subalternizadas?

Esse conjunto de questionamentos orientou a proposta-convite publicada em 16 de novembro de 2023 pela Comissão Editorial da Revista Acadêmica São Francisco (RASf-FDUSP). O intento era o de compor um dossiê com experiências concretas de reescritas de decisões judiciais em perspectivas feministas e antirracistas que se estruturassem a partir das técnicas já reconhecidas como capazes de propiciar novos parâmetros de interpretação e aplicação do direito. Muito além de avaliar se os julgamentos reescritos são "melhores" ou "mais corretos", o projeto teve o propósito de evidenciar que, mesmo dentro dos estreitos limites da legalidade, é possível mobilizar diferentes linhas de argumentação e valorar distintamente as provas, chegando, assim, a outros resultados legalmente possíveis e, quiçá, mais substanciais em termos de legitimidade sócio-histórica.

O resultado do esforço e do cuidado no trabalho de editoração é o lançamento deste dossiê na 2ª edição da RASF que, em razão disto, é publicada com potencial para se tornar histórica e ponto incontornável de consulta para pesquisadoras e pesquisadores interessados no método da reescrita de decisões judiciais em perspectivas feministas. Composto por 9 textos, aprovados por meio do processo de avaliação às cegas por pares que, salientamos, contou com a colaboração de mulheres juristas especialistas em cada uma das áreas sobre as quais versam as propostas de reescritas e cujas trajetórias acadêmicas e de pesquisa primam pela abordagem das questões de gênero. O presente dossiê é uma síntese da qualidade da pesquisa desenvolvida por acadêmicas e acadêmicos do direito no Brasil.

A pluralidade de temas que foram abordados, os quais tangenciam, por exemplo, desde disputas em torno da interpretação e aplicação da Lei Maria da Penha até o procedimento de valoração de provas em casos de assédio sexual no ambiente de trabalho ou a temática da gravidez em concursos públicos, são uma demonstração inequívoca das múltiplas potências científicas engendradas pela mobilização do método de reescrita de decisões judiciais em perspectivas feministas, afastando qualquer condicionamento arbitrário sobre a impossibilidade de sua aplicação a determinados campos do direito. Em suma, o que os textos que dão corpo e vida a este dossiê logram comprovar é que um outro uso do direito já é possível, um uso tecnicamente embasado, teoricamente fundamentado e profundamente comprometido com o tensionamento do poder e da autoridade jurídica masculinos em seu próprio terreno.

Como mulheres, juristas, cientistas, professoras e feministas, não poderíamos estar mais realizadas com o convite e a parceria para a coordenação deste projeto que nos permitiu entregar ao público leitor este compilado de textos que primam pelo rigor técnico-jurídico sem descuidar do compromisso ético-político com a efetivação dos direitos humanos. Assim como se deu conosco, desejamos que a leitura seja um ato dialógico, que mobilize sentimentos de pertencimento e de certeza quanto a urgência e imperiosidade de seguir fortalecendo e divulgando a produção científica feminista e antirracista no direito. Vida longa à RASF e as propostas editoriais instigantes e provocativas como as que deram origem a este dossiê!

Júlia Lenzi Silva

*Professora Doutora do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo*

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

*Professora Associada do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo*

A DISPUTA PELA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA: REESCREVENDO UM ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

The dispute over the application of the Maria da Penha Law: rewriting a ruling from the São Paulo Court of Justice³

Gabriela Cortez Campos⁴
Vinicius de Camargo⁵

RESUMO

Este artigo apresenta uma reescrita sob a perspectiva feminista de um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A decisão original afastou a aplicação da Lei Maria da Penha em razão da ausência de vulnerabilidade e hipossuficiência da vítima em relação ao agressor. A escolha da decisão justifica-se pelo fato desse posicionamento reforçar estereótipos ao retratar um ideal de vítima e flexibilizar a proteção das mulheres que não se encaixam nesse ideal. A reescrita foi elaborada como um voto divergente, em diálogo direto com a decisão original. Metodologicamente, adotamos o raciocínio prático feminista e uma posição interseccional, considerando o contexto geral de desigualdades que afetam as mulheres. Buscamos demonstrar na reescrita que o conceito de violência de gênero não exige a presença da vulnerabilidade e hipossuficiência.

PALAVRAS-CHAVE: reescrita feminista; decisão judicial; Lei Maria da Penha; perspectiva de gênero.

ABSTRACT

This article presents the feminist perspective rewriting of a judgment from the Court of Justice of the State of São Paulo. The original decision dismissed the application of the Maria da Penha Law due to the absence of vulnerability and economic dependency of the victim in relation to the aggressor. The choice of this decision is justified by the fact that this stance reinforces stereotypes by portraying an ideal victim and loosening the protection of women who do not fit into this ideal. The rewriting was crafted as a dissenting opinion, in direct dialogue with the original decision. Methodologically, we adopt feminist practical reasoning and an intersectional position, considering the overall context of inequalities affecting women. We seek to demonstrate in the rewriting that the concept of gender-based violence does not necessitate the presence of vulnerability and economic dependency.

KEYWORDS: feminist rewriting; judicial decision; Maria da Penha Law; gender perspective.

1. INTRODUÇÃO: O CASO ESCOLHIDO

Antes de adentrarmos na decisão escolhida, ressaltamos que somos pesquisadores vinculados ao programa de pós-graduação do mestrado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), comprometidos com a agenda de acesso à justiça e desigualdades. Nossas pesquisas se interseccionam na medida em que buscam, utilizando-se de perspectivas de gênero e raça, avaliar práticas e políticas judiciárias e seus impactos na garantia de direitos de grupos vulneráveis.¹

A preocupação com tais temáticas nos aproximou do projeto Reescrevendo Decisões Judiciais em Perspectivas Feministas no Brasil (Severi, 2023a) e das metodologias jurídico-feministas, as quais foram, inclusive, incorporadas em nossas dissertações. Acreditamos que reescrever decisões judiciais a partir de perspectivas diversas contribui na construção de um Judiciário mais plural, que considere as experiências das mulheres (e de todos os indivíduos) em uma sociedade desigual e multirracial como a brasileira, constituída e atravessada por múltiplas opressões (Carneiro, 2015; Gonzalez, 2020; Munanga, 2010).

A motivação e o esforço deste artigo parte da vontade de colaborar para a elaboração de decisões judiciais que afastem a figura do homem médio brasileiro e se espelhem em “figuras caídas, fronteiriças, mestiças, trans, políglotas, com habilidade em manejar fontes jurídicas multiníveis para produzir racionalidades jurídicas democráticas e mais compatíveis com as promessas contemporâneas dos direitos que se querem humanos” (Severi, 2023b, p. 79). Explicitamos nossas motivações e o local que ocupamos a fim de possibilitar a identificação das narrativas que trazemos para dentro do direito, impedindo que caiamos na armadilha da produção do saber dessituado dos sujeitos (Hirata et al, 2009; Rabasa, 2019).

É a experiência de sermos pesquisadores atravessados por marcadores sociais de gênero e raça que nos encaminha para a adoção de metodologias críticas feministas e nos leva a encarar as entrelinhas que reproduzem opressões e violências, mesmo dentro de sistemas que deveriam promover a justiça. Destacamos, ainda, que embora as decisões judiciais comumente não tragam os marcadores sociais ali presentes, buscamos adotar aqui um caráter interseccional, evidenciando, sempre que possível, as diferentes formas de subalternização impostas aos diferentes corpos, particularizando as dores e os dados que envolvem mulheres com marcadores de opressão distintos.

A decisão que escolhemos para a presente reescrita busca dialogar com os pressupostos acima apresentados. Trata-se do acórdão proferido pela 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal nº 0004749-08.2018.8.26.0462 (Brasil, 2023a). No caso, o réu C. R. S. foi condenado em primeiro grau pela conduta tipificada no §9º do art. 129 do Código Penal, o qual prevê o crime de lesão corporal provocado em âmbito de violência doméstica.

Conforme narrado na decisão, o réu ingressou na residência de sua ex-companheira, provocando lesões corporais de natureza leve nela e em sua filha de 15 anos. A materialidade e autoria dos fatos foram comprovadas através de laudo pericial, do depoimento pessoal da vítima e de prova testemunhal. Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação pleiteando a absolvição por falta de prova substancial e, subsidiariamente, a desclassificação da conduta prevista no artigo 129, § 9º, do Código Penal, para aquela prevista no *caput* do mesmo artigo.

Os desembargadores deram provimento parcial ao recurso de apelação do réu, para afastar a incidência da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), sob o argumento de que a ação do agressor não foi baseada no gênero e não havia

contexto de hipossuficiência ou vulnerabilidade da vítima em relação ao agressor. O relator ressaltou que a vítima nunca havia sido agredida no tempo do casamento e que inexistia dependência em relação ao réu. Sendo assim, a conduta foi desclassificada e passou a ser enquadrada no *caput* do art. 129 do Código Penal, que prevê o crime de lesão corporal. Diante do novo enquadramento da conduta, determinou-se o retorno do processo ao primeiro grau para fins de eventual aplicação do instituto da transação penal prevista no art. 76 da lei 9.099/1995.

2. JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA DO CASO

A decisão escolhida afastou a aplicação da Lei Maria da Penha (LMP), sob o argumento de que a agressão não teria motivação de gênero e/ou que a vítima não estava em posição de vulnerabilidade. Nas palavras do relator do acórdão:

Nesse contexto, é certo que a Lei Federal no 11.340/2006 não se aplica no caso dos autos, já que a prova produzida não indica um quadro de ciúmes do réu, ou um possível quadro de controle do réu com relação à vítima, agressividade anterior do acusado (a vítima relatou em juízo que nunca havia sido agredida pelo réu nos dezesseis anos que ficaram casados, sendo este caso a primeira vez), dependência financeira da vítima com relação ao apelante, ou qualquer outra situação que indique que a lesão corporal praticada se deu em razão do gênero ou que a ofendida estava vulnerável em relação a seu agressor (BRASIL, 2023b, p. 7).

Esse posicionamento pode parecer minoritário em um primeiro momento, no entanto, em busca jurisprudencial, notamos ser uma posição recorrente de diversas câmaras criminais. A 12ª Câmara Criminal do TJSP, especificamente, perpetua tal posicionamento de forma majoritária em seus acórdãos cujo objeto é violência do-

méstica. A aplicação da Lei Maria da Penha condicionada à existência de indícios de vulnerabilidade e hipossuficiência já foi constatada por outros estudos (Ávila; Mesquita, 2020; Moyses; Severi, 2023). Tal posicionamento é recorrente de tal forma que motivou a aprovação da Lei 14.550/2023, que buscou alterar a Lei Maria da Penha inserindo o art. 40-A. O novo artigo explicitou que as disposições da lei serão aplicadas independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência e da condição do ofensor ou ofendida. Trata-se de inovação legislativa que visou combater o entendimento jurisprudencial supramencionado, conforme se verifica na justificativa do projeto de lei:

O programa normativo subjacente à lei é o de que todas as mulheres que sofrem violência nesses contextos merecem uma proteção diferenciada e efetiva, diante da cultura sexista que fomenta a violência estrutural, naturalizada e invisibilizada a todas as mulheres. Em outros termos, a categoria “violência baseada no gênero” não é um pré-requisito probatório a ser aferido no caso concreto. É o pressuposto político da lei, entendida como ação afirmativa que se antepõe à violência baseada no gênero numa sociedade machista, violência essa que advém do poder desigual de gênero de longa duração, no passado legitimado, inclusive, pelo Direito.

Todavia, desconsiderando o contexto machista em que vivemos, o STJ sedimentou o entendimento equivocado de que os juízes deverão analisar no caso concreto se a violência contra a mulher foi ou não uma “violência baseada no gênero” para justificar a aplicação da Lei Maria da Penha (Brasil, 2022, p. 2).

Para além desta hipótese específica, outros estudos apontam ser comum o uso de estereótipos de gênero para justificar a não investigação, processamento ou condenação dos agressores em casos de violência de gênero (Pimentel; Schritzmeyer, 1998; Severi, 2016). Um

estereótipo é uma visão abrangente ou preconceituosa sobre características atribuídas a determinadas pessoas pertencentes a um grupo ou sobre papéis que tais pessoas deveriam cumprir (Cook; Cusack, 2010). Apesar de os estereótipos afetarem homens e mulheres, Cook e Cusack (2010) argumentam que eles recaem de maneira desproporcional sobre as mulheres, atribuindo papéis servis, desqualificando seus atributos e características e atuando para reproduzir e legitimar lugares sociais e jurídicos de subordinação feminina.

Os estereótipos funcionam como meio de justificar determinadas normas formais e informais, bem como atitudes sociais preconceituosas (Ghidoni; Taramundi, 2022). Mesmo aqueles que possam parecer positivos, como as mulheres são naturalmente cuidadoras e/ou as mulheres são vulneráveis, acabam corroborando para a ocorrência de discriminações e violência. Por exemplo, o estereótipo da mulher vulnerável não equivale a nenhuma norma particular, mas corrobora com uma narrativa que racionaliza a divisão público/privado e justifica uma diversidade de normas, estruturas e práticas judiciais.

Assim, justificam-se normas que proíbem e/ou repreendem determinados comportamentos não considerados delicados, a ausência de mulheres em posições de poder e comando que exigem um pulso firme e a flexibilização do procedimento penal quando a vítima não se enquadra no estereótipo vulnerável. A estereotipagem funciona como um mecanismo de justificação de uma discriminação estrutural (Ghidoni; Taramundi, 2022), sendo uma forma de exercício de poder pelo qual determinado grupo exerce uma violência simbólica perante outro (Hall, 2016).

A decisão escolhida retrata um ideal de mulher (e vítima) que deve ser protegido pela Lei Maria da Penha. As mulheres que não se encaixam nesta categoria, como aquela que buscou o sistema de justiça nesse caso, tem seus problemas

minimizados e seus direitos flexibilizados.

A Lei Maria da Penha é fruto de um processo de advocacy feminista (Barsted, 2011; Calasans; Cortes, 2011; Severi, 2018) que visou inaugurar um novo modelo jurisdicional de acesso à justiça para as mulheres em situação de violência que buscam o sistema de justiça. A lei prevê o uso das categorias de gênero e raça como parâmetros interpretativos para casos envolvendo violência contra as mulheres (Severi, 2018). Isso permite que seja reconhecida a relação desigual de poder entre homens e mulheres (Saffioti, 2001), bem como as interseccionalidades presentes em cada caso (Collins, 2019; Lorde, 2019), identificando a violência doméstica como instrumento de imposição e manutenção de poder e subjugação de mulheres.

A não aplicação da LMP ignora um modelo jurisdicional voltado e pensado na mulher, acarretando diversas problemáticas. Os crimes comumente praticados em âmbito de violência doméstica possuem penas pequenas⁶, o que ensejaria a aplicação da Lei n. 9.099/95 não fosse a vedação expressa contida no artigo 41 da LMP. Com o afastamento da LMP, a competência para processar e julgar tais feitos volta a ser dos Juizados Especiais Criminais (JECRIMs).

Diversas pesquisas apontam que a tramitação destes feitos no procedimento da Lei n. 9.099/95 gera diversas violações dos direitos humanos das mulheres. Campos e Carvalho (2006, p. 414) apontam que o próprio conceito de menor potencial ofensivo, quando aplicado aos casos de violência conjugal, implica na negação da tutela jurídica dos direitos fundamentais das mulheres. O fenômeno da violência doméstica carrega consigo particularidades específicas, como a proximidade das partes, o envolvimento emocional entre eles, a prática reiterada de comportamentos e a continuidade das relações mesmo após o conflito. Segundo os autores, a noção de delito de menor potencial ofensivo ignora o comprometimento emocional exis-

tente e a escalada da violência, desconsiderando, assim, o seu verdadeiro potencial ofensivo (Campos; Carvalho, 2006).

Nos JECRIMs prevalecem, também, práticas descriminalizantes. No caso da decisão escolhida, nota-se que a desclassificação do crime levou ao oferecimento de transação penal ao réu. Lavigne (2011) aponta que, anteriormente à LMP, era comum a imposição de transação penal, sendo oferecido aos acusados o cumprimento de penas restritivas de direito correspondente ao pagamento de cestas básicas ou uma pequena multa pecuniária. Esse tipo de pena reforça o caráter da violência doméstica como um problema privado e/ou “social”, mais do que criminal propriamente dito (Debert; Oliveira, 2007). Com efeito, cria-se uma cultura de banalização da violência doméstica e impunidade dos agressores.

Esse dado é corroborado pela pesquisa conduzida por Debert e Oliveira (2007) que entrevistaram diversos atores processuais que atuavam nos Juizados Criminais. Um dos entrevistados chegou a afirmar: “eu tenho então que pagar uma cesta básica? Se eu soubesse que era tão barato bater na minha mulher teria batido mais vezes” (*Ibidem*, p. 326). Predominava-se o sentimento de que as penas aplicadas eram irrelevantes e que o tratamento conferido pela justiça aos casos de violência doméstica era ineficaz (Calil, 2013; Campos, 2015a; Debert; Oliveira, 2007; Lavigne, 2011; Pasinato, 2005).

Outro ponto que merece ser destacado é que a Lei n. 9.099/95 surge em um contexto de desburocratização da máquina judiciária, buscando trazer maior celeridade a partir da flexibilização e informalização de certas práticas. Com isso, há o incentivo para práticas conciliatórias e para a adoção de um modelo de justiça penal consensual. A literatura aponta que a conciliação, bem como outras práticas dialogais, não se coaduna com a complexidade da violência doméstica (Campos; Carvalho, 2006; Ortega; Sou-

za, 2017; Parizotto, 2018). Isso, porque se pressupõe uma isonomia entre as partes que não existe nos casos de violência de gênero:

A composição civil igualmente tem sido vista como momento privilegiado para a vítima. No entanto, pressupõe a existência de dois litigantes em igualdade de condições. Ocorre que invariavelmente, nos casos de violência doméstica, os dois atores apresentam-se em disparidade. A violência atua como mecanismo de submissão da diversidade, impedindo o livre exercício da vontade. As relações assimétricas de poder funcionam como impeditivos às relações de igualdade, pressuposto da composição civil. (...) Se, por um lado, a convivência durante muitos anos revela o padrão da relação (violenta), a busca da solução judicial revela a tentativa de ver restabelecido o equilíbrio rompido. Por isso, nessa situação não há possibilidade de relações isonômicas. Por outro lado, qualquer proposta de composição necessita da plena aceitação por parte do autor do fato e, em caso de recusa, a vítima fica “afônica”, perdendo novamente sua capacidade de fala. O desconhecimento do significado da violência contra as mulheres pela tradição jurídica (operadores e teóricos do direito) tem permitido igualar relações assimétricas de poder (Campos; Carvalho, 2006, p. 415).

Aponta-se que os Juizados Criminais, em suas funções conciliadoras, invisibilizavam a mulher enquanto sujeito de direitos ao defenderem uma ideia de família aliada a interesses tradicionais – heteronormativos, racistas e machistas (Severi, 2018, p. 122). Era um espaço onde juízes e promotores forçavam a desistência do processo pelas mulheres, impondo acordos (Dias, 2007; Debert; Oliveira, 2007). O procedimento como um todo era ineficaz para a resolução do conflito e resultava na retirada da mulher do espaço público conquistado para a esfera privada, sem qualquer resposta institucional (Souza, 2012, p. 148).

A Lei Maria da Penha, a partir da adoção

de uma perspectiva feminista, buscou rechaçar a tramitação dos crimes de violência doméstica nos JECRIMs, reafirmar a existência de hierarquia de poder entre homens e mulheres e corrigir as desigualdades a partir da promoção de inclusão social por meio de políticas públicas específicas (Oliveira, 2017, p. 636). Ao adotar uma perspectiva interseccional, a lei ganha grande repercussão nacional e internacional, sendo um dos maiores avanços legislativos brasileiros após a Constituição Federal, uma vez que trouxe o reconhecimento da violência contra a mulher como violação de direitos humanos, tirando-a da esfera privada para entrar definitivamente na agenda pública e governamental (Rebello, 2017, p. 49). A Lei 11.340/06 é um importante mecanismo que garante o cumprimento da devida diligência por parte do Estado (Severi, 2018), uma vez que assegura o respeito aos direitos das mulheres, em especial, a sua dignidade e o seu acesso à justiça.

A decisão da 12ª Câmara Criminal do TJSP foi escolhida por ser uma decisão bem fundamentada, que, embora tenha posicionamentos considerados progressistas no campo dos direitos das mulheres - como a valorização do depoimento da vítima e da palavra da mulher, representa um retrocesso no tocante ao modelo jurisdicional adotado. Afastar a incidência da Lei Maria da Penha pode parecer, em um primeiro momento, mera questão de quantificação de pena, no entanto, conforme exposto acima, importa na negação de um microssistema jurídico voltado à proteção e garantia dos direitos das mulheres.

A recorrência do argumento utilizado na decisão analisada indica, também, a disputa existente entre os diferentes discursos jurídicos. Conforme aponta Campos (2011), a LMP, ao afirmar os direitos das mulheres através de um instrumento normativo específico, ameaça a ordem de gênero no direito afirmada por juristas tradicionais. É a disputa pelo que se deve considerar

relevante juridicamente e o que tem sustentado os pressupostos teóricos até então adotados (Campos, 2011; Matos; Brito; Pasinato, 2020; Severi, 2018). Considerando que um dos objetivos do projeto de reescrita de decisões judiciais em perspectiva feminista no Brasil é traduzir as práticas judiciárias locais em “linguagens jurídicas mais próximas às éticas, às utopias e às construções teóricas-dogmáticas feministas já existentes” (Severi, 2023b, p. 79), nos pareceu adequado reescrever uma decisão que ataca um dos pilares do projeto jurídico feminista (Severi, 2018).

3. PROBLEMÁTICAS DA DECISÃO ORIGINAL

Como apontado nos tópicos anteriores, a decisão escolhida é um acórdão da 12ª Câmara Criminal do TJSP. As problemáticas da decisão residem no fato da aplicação da Lei Maria da Penha ter sido afastada devido à ausência de vulnerabilidade e/ou hipossuficiência da vítima. O caso trata de uma lesão corporal cometida pelo marido contra sua esposa e filha e, mesmo esses elementos caracterizando a ocorrência de violência doméstica, a aplicação da lei federal foi afastada pelos motivos já comentados. Como resultado, o crime foi desclassificado e o processo foi remetido à primeira instância, na qual foi ofertada transação penal seguindo o procedimento previsto na Lei 9.099/95.

4. METODOLOGIA UTILIZADA

Para a presente reescrita, escolhemos estruturar um voto divergente. Essa escolha foi estratégica pois nos permite dialogar diretamente com o voto original, podendo destacar trechos e posicionamentos que desconsideraram a perspectiva de gênero. Considerando que o direito é um instrumento de poder em constante disputa por grupos sociais (Fanti, 2017), a escolha pelo voto divergente nos permite, ainda, nomear

e visibilizar as tensões sociais presentes na própria decisão, bem como os interesses patriarcais, racistas e capitalistas ali defendidos.

Em relação à metodologia utilizada, nos pautamos nos escritos de Alda Facio (1999) e da Katherine Bartlett (2020). As autoras defendem o uso de métodos feministas a partir do raciocínio prático feminista, que considera a subordinação do gênero feminino e a experiência prática das mulheres, bem como a existência de elementos informais que sustentam posicionamentos estereotipados e invisibilizadores de determinados grupos de mulheres. Buscamos analisar o caso considerando o contexto mais geral de desigualdades que afetam as mulheres, reconhecendo as interseccionalidades ali presentes. Reconhecemos que a sociedade brasileira é desigual e multirracial, sendo atravessada por múltiplas opressões (Carneiro, 2015; Gonzalez, 2020; Munanga, 2010). Analisar (e julgar) casos envolvendo temáticas de gênero requer reconhecer (e nomear) as complexidades ali presentes considerando o contexto socioeconômico, cultural, heterossexual, cisnormativo e racial em que as mulheres estão inseridas.

Apesar de não ser algo comum em decisões judiciais, buscamos apresentar pesquisas e uma literatura especializada que sustentem as teses ali defendidas. Adotamos uma perspectiva crítica que reconhece que o julgador não está isento de imparcialidade e/ou neutralidade (Bartlett, 2020; Facio, 1999). Ao citar outros estudos, tentamos atribuir um rigor científico, afastando-nos de eventuais estereótipos que carregamos em nossas próprias narrativas.

Por fim, ressaltamos que reescrevemos apenas parte da fundamentação da decisão, especificamente o trecho que afastou a aplicação da Lei Maria da Penha. Consideramos que o relatório e a parte argumentativa inicial, que reconhece a autoria e a materialidade do delito, bem como a importância do depoimento da vítima, encontram-se em consonância com a perspecti-

va feminista aqui adotada. Assim, em nosso voto, apenas reforçamos tais pontos.

5. A REESCRITA

Voto Divergente.

Adoto o relatório e o juízo de admissibilidade recursal lançado pelo eminente Desembargador Relator, pedindo vênica, todavia, para manifestar respeitosa divergência, por entender que inexistente justificativa plausível para o afastamento da aplicação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) no caso em espécie.

Antes de adentrarmos os fatos e argumentos suscitados em recurso de apelação, resalto que deve ser aplicado no caso em tela o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça (2021), cuja observância é de caráter obrigatório, conforme previsão da Resolução CNJ n. 492/2023. Esse instrumento é uma forma de caminhar para a efetivação da igualdade de gênero prevista dentre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU). Para isso, reconhecemos, na análise e no julgamento de casos judiciais, as especificidades de gênero, raça e classe que concernem às partes, bem como as estruturas de poder formais e informais às quais estão sujeitas.

O protocolo reconhece que a adoção de uma perspectiva tida como neutra e universal se mostra, muitas vezes, discriminatória ao não reconhecer as especificidades a que os diferentes indivíduos estão sujeitos. Ainda, estudos têm apontado que é comum o uso de estereótipos por parte dos magistrados e de outros agentes de justiça (Almeida; Nojiri, 2018; Jesus; Sobral, 2017; Neri; Garcia, 2017; Porto; Costa, 2010; Severi, 2016), que são naturalizados sob o discurso de imparcialidade do direito. Ao sinalizarmos explicitamente a adoção de uma perspecti-

va de gênero, nos comprometemos em eliminar parâmetros interpretativos que possam ser discriminatórios contra as mulheres e outros grupos minoritários.

Conforme bem apontado pelo Nobre Desembargador Relator, o pedido de absolvição formulado pelo réu não merece provimento vez que a materialidade e a autoria do delito foram amplamente comprovadas nos autos. O boletim de ocorrência, a ficha de atendimento médico e o laudo pericial juntados aos autos atestam que a vítima sofreu lesões corporais de natureza leve, apresentando, inclusive, feridas visíveis como hematomas e escoriações.

A prova oral colhida também coaduna neste sentido. A vítima confirmou, tanto na delegacia, quanto em juízo, que o réu a agrediu, acertando-lhe com uma cadeira, socos e outros objetos perfurantes, como facas e um martelo. Narrou que o réu chegou em casa alterado e, ao receber uma resposta da filha, começou as agressões. A filha do casal também depôs em juízo, confirmando a versão apresentada pela vítima. E, conforme bem apontado pelo Desembargador Relator, nesses casos, deve ser dada especial atenção à palavra da vítima. Trata-se, inclusive, de recomendação expressa no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (CNJ, 2021), ressaltando que referida previsão não causa desequilíbrio processual.

A valoração excepcional do depoimento da vítima nos crimes de violência doméstica e sexual é de suma importância, uma vez que comumente ocorrem em ambientes privados, sem a presença de testemunhas. Reconhecer a importância do relato da vítima implica, portanto, respeitar os direitos fundamentais das mulheres (Mendes, 2020), na medida em que reconhece as experiências particulares das mulheres (Bartlett, 2020). Por outro lado, o não reconhecimento da palavra da vítima dá ensejo à vitimização secundária e à violência institucional perpetrada pelo Poder Judiciário. Ao não as-

segurar às vítimas uma escuta sensível e humanizada, colabora-se para a banalização e perpetuação da violência de gênero.

Quanto à aplicabilidade da Lei Maria da Penha, como já adiantado, comete um equívoco o nobre relator. O relator concluiu, em seu voto, que a incidência da Lei n.º 11.340/2006 exige que a ação ou omissão seja baseada no gênero e em contexto de hipossuficiência ou vulnerabilidade da vítima em relação a seu agressor. E que, no caso concreto, inexistem provas de ciúmes, controle do réu em relação à vítima, agressividade prévia (uma vez que ausentes relatos de agressões durante o casamento), dependência financeira ou outra situação que indicasse que a lesão corporal tenha sido motivada em razão do gênero ou que a vítima estivesse vulnerável em relação ao agressor.

Como passo a expor, referido entendimento não deve prevalecer, pois decorre de uma interpretação equivocada do *caput* do art. 5º da Lei Maria da Penha, o qual define violência doméstica e familiar contra a mulher como toda ação ou omissão baseada no gênero. Conforme exposto no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (CNJ, 2021), violência de gênero é definida não somente pelo fato de a vítima ser mulher, mas por ela decorrer de desigualdades de gênero. É, portanto, um conceito mais abrangente que violência contra as mulheres, violência doméstica e/ou violência intrafamiliar, englobando todas as violências derivadas das relações de gênero que estão imersas em uma sociedade androcêntrica (Saffioti, 2001).

A Convenção de Belém do Pará (OEA, 1994) estabeleceu pela primeira vez o direito das mulheres de viver uma vida livre de violência, tratando a violência contra elas como uma violação de direitos humanos (Facio, 2014). Conforme previsto nos dois primeiros artigos da referida Convenção, a violência contra a mulher corresponde a qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano, sofrimento fí-

sico, sexual ou psicológico à mulher. Trata-se de violência baseada no gênero, pois decorre das “assimetrias existentes nas relações de poder entre homens e mulheres, que reproduzem a subordinação e desvalorização do feminino frente ao masculino” (Catoia; Severi; Firmino, 2020, p. 3).

No sistema global de proteção dos direitos humanos, a Recomendação Geral 19/1992 do Comitê da Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) (ONU, 1992) sinalizou que a violência contra as mulheres é uma forma de discriminação que impede o pleno gozo dos direitos. A recomendação explicitou que a violência de gênero corresponde a manifestações de violência dirigidas contra as mulheres enquanto mulheres, e/ou que afetam desproporcionalmente as mulheres. A Recomendação Geral 35/2017 da CEDAW (ONU, 2019), por sua vez, visou atualizar e complementar o conceito supracitado, afirmando que a violência de gênero contra as mulheres é um dos meios sociais, políticos e econômicos fundamentais que subordinam as mulheres em relação aos homens e perpetua papéis estereotipados.

A Lei Maria da Penha expressa os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro diante das convenções aqui mencionadas, no sentido de combater estereótipos de gênero e os papéis desiguais, garantindo prestação jurisdicional isenta de estereótipos ao adotar a lente de gênero na análise e julgamento dos casos envolvendo violência contra a mulher (Campos, 2015; Moyses; Severi, 2023; Pasinato, 2015; Severi, 2018). Com isso, permite-se o exame crítico das desigualdades de poder entre homens e mulheres, reconhecendo a estruturação da sociedade patriarcal que permite a utilização da violência como forma de resolução de conflitos e de controle social por parte dos homens (Azambuja; Nogueira, 2007). Adotar a perspectiva de gênero e reconhecer as estruturas de opressão às quais

as mulheres estão sujeitas retira a violência contra as mulheres da esfera familiar e privada/doméstica (Monteiro, 2005), colocando-a no cerne do debate público e coletivo.

A despeito da construção teórica e das normas internacionais sobre o tema, formou-se neste Tribunal o entendimento de que a hipossuficiência/vulnerabilidade da mulher é requisito para a aplicação da Lei Maria da Penha (Moyses; Severi, 2023). Esse entendimento pode ser subdividido em duas correntes: aqueles que entendem que a hipossuficiência/vulnerabilidade deve ser comprovada no caso concreto – como exposta pelo Desembargador Relator; e aqueles que entendem que esses requisitos são presumidos.

Com o devido respeito, a necessidade de demonstrar a hipossuficiência ou a vulnerabilidade no caso concreto vai de encontro a previsão da CEDAW. A Convenção prevê como discriminação qualquer ato ou omissão que tenha como objeto ou resultado o descumprimento de direitos fundamentais das mulheres. As discriminações não precisam ser intencionais, bastando que haja uma violação do direito das mulheres para sua configuração (Facio, 1999). Esse posicionamento reforça estereótipos ao idealizar a vítima como uma mulher indefesa, fragilizada e passiva, ao passo que se ela não se enquadrar nesse padrão deixa de merecer a proteção legal. Conforme Round (1998), a ausência de uma perspectiva crítica de gênero tem como consequência decisões baseadas em noções pré-concebidas acerca dos papéis sexuais, afastando a decisão de padrões de justiça e imparcialidade. A qualificação e a análise da problemática da violência contra a mulher devem se afastar dos significados atribuídos, de forma essencializada, à masculinidade, à feminilidade e à relação entre homens e mulheres em nossa cultura (Bandeira, 2014).

Conforme apontam Moyses e Severi (2023), mesmo em casos em que há a presun-

ção da vulnerabilidade e hipossuficiência da mulher, por vezes são utilizados estereótipos de fragilidade feminina, como fragilidade física e condição feminina, para justificar essa presunção. Apesar de não afastar a legislação protetiva, este entendimento reforça estereótipos de gênero, os quais, como já afirmado, constituem violação de direitos humanos nos termos da CEDAW. Vale dizer que o *caput* do art. 5º da Lei Maria da Penha nada fala acerca de tais requisitos.

A Lei traz o entendimento da violência contra as mulheres como derivado de um enquadramento de subordinação, que as atinge enquanto grupo, e que precisa de mecanismos específicos para a prevenção, proteção e enfrentamento. Afirmar que elas precisam de uma proteção específica por serem hipossuficientes, por outro lado, trouxe como consequências o reforço de estereótipos negativos às mulheres, a perspectiva de individualização da questão que afirma que cada mulher específica deve comprovar sua hipossuficiência/vulnerabilidade e a ideia de que os agressores e agressoras têm motivações explicitamente e conscientemente baseadas em razões de gênero (Moyses; Severi, 2023, p. 52).

Nota-se, portanto, que a utilização de tais requisitos deriva de uma construção coletiva dos tribunais que não encontra amparo na legislação internacional, nem na própria Lei Maria da Penha. A proteção conferida pela Legislação Federal, ancorada nas diretrizes do direito internacional dos direitos fundamentais das mulheres, visa enfrentar a violência derivada de fatores estruturais (históricos, sociais e culturais). De forma que, ao exigir a demonstração da vulnerabilidade e hipossuficiência no caso concreto, a jurisprudência se afasta dessa compreensão, endossando uma perspectiva individualista e alheia à conformação sócio-histórica altamente marcada por desigualdades de gênero.

Por isso, defendo que não há necessidade de se perquirir acerca dos requisitos da hi-

possuficiência ou da vulnerabilidade. Primeiro, porque não encontram previsão legal, pelo contrário, dificultam a consecução dos objetivos da LMP. Segundo, porque a legislação protetiva se justifica pelo contexto histórico, social e cultural de subordinação das mulheres. Não se trata de adotar uma perspectiva vitimizadora em relação à mulher, mas de destacar a histórica e expressiva concentração de violências sobre corpos femininos e que essas relações violentas existem em razão das relações assimétricas de poder que permeiam a vida dessas pessoas (Bandeira, 2014).

Se já não fosse o bastante, a Lei n.º 14.550/2023 acrescentou à Lei Maria da Penha o art. 40-A, que prevê que sua aplicação “independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência e da condição do ofensor ou da ofendida” (Brasil, 2023). Assim, ainda que a argumentação acima não fosse suficiente, nota-se que, pelo próprio texto legal, há a obrigatoriedade, do caso aqui tratado, de tramitar segundo as diretrizes e os procedimentos previstos na LMP.

A Lei n.º 11.340/2006 enfrenta resistências desde a sua promulgação, com questionamentos acerca da sua constitucionalidade e da não implementação e aplicação de seus institutos (Ávila; Mesquita, 2020; Campos, 2011; Lavigne, 2011; Severi, 2018; Severi, 2022). Conforme aduz Senra (2017, p. 775), questionar a construção de significados que não se coadunam com os pressupostos da LMP é uma tarefa fundamental para garantir a implementação de institutos que de fato protejam as mulheres, bem como promover desconstruções acerca das concepções estereotipadas de masculinidades e feminilidades baseadas na hierarquia entre os gêneros. É o nosso papel enquanto julgadores, e enquanto Poder Judiciário, garantir o respeito e a proteção aos direitos das mulheres, realizando, sempre que possível, a interpretação das leis nacionais a partir das diretrizes do direito interna-

cional e das convenções de direitos humanos.

Ante todo o exposto, nega-se provimento ao Recurso de Apelação interposto pelo sentenciado C. R. S., mantendo-se a incidência da Lei

n.º 11.340/2006 ao caso concreto e, por conseguinte, afastando-se a aplicação da Lei Federal n.º 9.099/1995 e dos institutos ali previstos.

NOTAS DE RODAPÉ

³ Submetido em 15 fev. 2024. Aprovado em 19 jun. 2024.

⁴ Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). E-mail: gabi.corte@usp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6498211196759105>.

⁵ Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). E-mail: viniciuscamargo@usp.br. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/0478218873272029>.

⁶ Os crimes de violência doméstica são comumente tipificados como ameaça (art. 147 do Código Penal) e lesão corporal leve (art. 129 do Código Penal), os quais possuem penas de até um ano. Segundo Campos e Carvalho (2006, p. 412), tais crimes são majoritariamente cometidos contra as mulheres e correspondiam a cerca de 60% a 70% do volume processual dos JECRIMs.

JULGADO OBJETO DA REESCRITA

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (12ª Câmara de Direito Criminal). Apelação Criminal n.º 0004749-08.2018.8.26.0462. Relator: Desembargador Heitor Donizete de Oliveira. São Paulo, SP, 20 de julho de 2023. **Diário da Justiça Eletrônico**, 20 jul. 2023.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto; NOJIRI, Sérgio. Como os juízes decidem os casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 825-853, 2018.

ÁVILA, Thiago Pierobom; MESQUITA, Cristhiane Raisse de Paula. O conceito jurídico de “violência baseada no gênero”: um estudo da aplicabilidade da Lei Maria da Penha à violência fraterna. **Revista**

Quaestio Iuris, [S. l.], v. 13, n. 01, p. 174-208, 2020.

AZAMBUJA, Mariana Porto Ruwer; NOGUEIRA, Conceição. Violência de gênero: uma reflexão sobre a variabilidade nas terminologias. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 75/76/77, p. 97-106, jan./dez. 2007.

BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. **Sociedade e Estado**, [S. l.], v. 29, p. 449-469, 2014.

BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista. In: CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARTLETT, Katharine. Métodos Jurídicos Feministas. Tradução de Alessandra Ramos de Oliveira Harden; Adriana Moellmann; Isabela Marques Santos. In: SEVERI, Fabiana Cristina; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; MATOS, Myllena Calasans de. (org.) **Tecendo fios das Críticas Feministas ao Direito no Brasil II: direitos humanos das mulheres e violências: volume 1**. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n.º 1604 de 2022**. Altera a Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre as medidas protetivas de urgência e estabelecer que a causa ou a motivação dos atos de violência e a condição do ofensor ou da ofendida não excluem a aplicação da lei. Brasília: Senado Federal, 2022. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/153558>. Acesso em: 06 fev. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 14.550, de 20 de abril de 2023**. Altera a Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre as medidas protetivas de urgência e estabelecer que a causa ou a motivação dos atos de violência e a condição do ofensor ou da ofendida não excluem a aplicação da Lei. Distrito Federal, 20 abr. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023uai/lei/l14550.htm. Acesso em: 06 fev. 2024.

CALASANS, Myllena; CORTÊS, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de. (org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. Expectativas acerca do acesso à justiça às vítimas de violência doméstica contra a mulher: os juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher na efetivação da Lei 11.340/2006 ("Maria da Penha"). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], n. 13, p. 161-275, 2013.

CAMPOS, Carmen Hein. Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen (org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. **Revista Estudos Feministas**, [S. l.], v. 14, n. 2, p. 409–422, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2006000200005>. Acesso em: 08 jan. 2024.

CAMPOS, Carmen Hein de. A CPMI da Violência contra a Mulher e a implementação da Lei Maria da Penha. **Revista Estudos Feministas**, [S. l.], v. 23, p. 519–531, ago. 2015a.

CAMPOS, Carmen Hein de. Desafios na Implementação da Lei Maria da Penha. **DIREITO GV Law Review**, [S. l.], v. 11, n. 2, p. 391–406, 2015b.

CARNEIRO, Sueli. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo Negro, 2015.

CATOIA, Cinthia de Cassia; SEVERI, Fabiana Cristina; FIRMINO, Inara Flora Cipriano. Caso “Alyne Pimentel”: Violência de Gênero e Interseccionalidades. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 28, n. 2, e60361, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2024.

COLLINS, Patricia Hill. **Pensamento feminista negro**: conhecimento, consciência e a política do empoderamento. Tradução de Jamile Pinheiro Dias. São Paulo: Boitempo, 2019.

COOK, Rebecca J.; CUSACK, Simone. **Estereótipos de Gênero**. Perspectivas Legales Transnacionales. Bogotá: Profamilia, 2010.

DEBERT, Guita Grin; OLIVEIRA, Marcella Beraldo de. Os modelos conciliatórios de solução de conflitos e a “violência doméstica”. **Cadernos pagu**, [S. l.], p. 305-337, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FACIO, Alda. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. In: FACIO, Alda; FRÍES, Lorena (eds.). **Género y Derecho**. Santiago de Chile: Ediciones LOM, 1999, p. 99-136.

FACIO, Alda. **La Responsabilidad Estatal Frente Al Derecho Humano a la Igualdad**. México: Editora RC, 2014.

FANTI, Fabiola. Movimentos sociais, direito e Poder Judiciário: um encontro teórico. In: ENGELMANN, Fabiano (org.). **Sociologia Política das Instituições Judiciais**. 1. ed. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017, v. 01, p. 01-276.

GHIDONI, Elena; TARAMUNDI, Dolores Morondo. El papel de los estereotipos en las formas de la desigualdad compleja: algunos apuntes desde la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio. **Discusiones**, [S. l.], v. 28, n. 1, p. 37-70, 2022.

GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano**: ensaios, intervenções e diálogos. Organização: Flávia Rios Márcia Lima. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

HALL, Stuart. **Cultura e representação**. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Apicuri, 2016.

HIRATA, Helena et al. (org.). **Dicionário Crítico do Feminismo**. São Paulo: Unesp, 2009.

JESUS, Lorena Rodrigues; SOBRAL, Rita de Cássia Cronemberg. Culpabilização da mulher: a perspectiva de policiais de uma delegacia especializada no atendimento à mulher. **Revista Ártemis**, [S. l.], v. 23, n. 1, 2017.

LAVIGNE, Rosana M. Reis. Caso Fonaje: o ativismo de juízes integrantes do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – Fonaje na elaboração da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen. (org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LORDE, Audre. Não existe hierarquia de opressão – Idade, raça, classe e gênero: mulheres redefinindo a diferença. In: HOLANDA, Heloisa Buarque de. **Pensamento feminista**: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.

MATOS, Myllena Calasans; BRITO, Priscilla; PASINATO, Wânia. A nova Lei Maria da Penha: análise das alterações recentes da lei de enfrentamento à violência doméstica. In: SEVERI, Fabiana Cristina;

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; MATOS, Myllena Calasans de (org.). **Tecendo os Fios das Críticas Feministas No Brasil II**. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista**. São Paulo: Atlas, 2020.

MONTEIRO, F.J. **Mulheres agredidas pelos maridos**: de vítimas a sobreviventes. Lisboa: Organizações não Governamentais do Conselho Consultivo da Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres, 2005.

MOYSES, Juliana Fontana; SEVERI, Fabiana. Os enquadramentos da violência doméstica contra as mulheres no componente estrutural da Lei Maria da Penha: análise de conteúdo de decisões de 2ª instância do TJ/SP sobre “violência baseada no gênero”. In: SILVA, Paulo Eduardo Alves da (org.). **Acesso à justiça e desigualdade**: desenhando uma agenda de pesquisa. São Carlos: Pedro & João Editores e Editora FDRP, 2023. p. 25-56.

MUNANGA, Kabengele. Teoria social e relações raciais no Brasil contemporâneo. **Cadernos Penesb– Periódico do Programa de Educação sobre o Negro na Sociedade Brasileira (Especial curso ERER)**,

Niterói, n. 12, p. 169-203, 2010.

NERI, Eveline Lucena; GARCIA, Loreley Gomes. Atrizes da roça ou trabalhadoras rurais? O teatro e a fachada para obtenção da aposentadoria especial rural. **Sociedade e Estado**, [S. l.], v. 32, p. 701-724, 2017.

OLIVEIRA, Tatyane Guimarães. Feministas ressignificando o direito: desafios para aprovação da Lei Maria da Penha. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 8, n. 1, p. 616-50, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/dep.2017.27767>. Acesso em: 08 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Recomendação Geral n.º 19 (violência contra as mulheres). Comitê CEDAW, 1992.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Recomendação Geral n.º 35 sobre violência de gênero contra as mulheres do Comitê para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Comitê CEDAW, 2017. Tradução de Neri Accioly. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**, 1994.

ORTEGA, Danilo Martins; SOUZA, Paula Sant'Anna Machado de. A ausência de competência híbrida real nos juizados especiais de violência doméstica e familiar. In: ZAPATER, Máira Cardoso (org.). **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. n. 2, 1. ed. São Paulo: Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2017.

PARIZOTTO, Natalia Regina. Violência doméstica de gênero e mediação de conflitos: a reatualização do conservadorismo. **Serviço Social & Sociedade**, [S. l.], n. 132, p. 287-305, ago. 2018.

PASINATO, Wânia. Oito anos de Lei Maria da Penha: entre avanços, obstáculos e desafios. **Revista de Estudos Feministas, Florianópolis**, v. 23, n. 2, ago. 2015, p. 533-545.

PASINATO, Wânia. Delegacias de Defesa da Mulher e Juizados Especiais Criminais: mulheres, violência e acesso à justiça. **Plural**, [S. l.], v. 12, p. 79-104, 2005.

PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore; PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro: crime ou "cortesia"?: abordagem sociojurídica de gênero**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

PORTO, Madge; COSTA, Francisco Pereira. Lei Maria da Penha: as representações do judiciário sobre a violência contra as mulheres. **Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 27, p. 479-489, 2010.

RABASA, Alba Pons. Desafíos epistemológicos en la investigación feminista: hacia una teoría encarnada del afecto. **Debate Feminista**, ano 29, v. 57, p. 134-155, abr-set 2019. Disponível em: <https://www.scielo.org.mx/pdf/dfem/v57/2594-066X-dfem-57-138.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2024.

REBELLO, Arlanza Maria Rodrigues. Para mudar o rumo da prosa: um novo olhar sob a Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha. In: RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública Geral. **Gênero, sociedade e defesa de direitos: a Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher**. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

ROUND, Deborah Ruble. Gender bias in the judicial system. **Southern California Law Review**, [S. l.], v. 61, n. 6, p. 2193-2220, 1998.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. **Cadernos pagu**, [S. l.], p. 115-136, 2001.

SENRA, Laura Carneiro de Mello. Gênero e autonomia: o caso da ação direta de inconstitucionalidade n. 4.424. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 09, n. 02, p. 749-780, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/25639>. Acesso em: 20 jan. 2024.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Lei Maria da Penha e o Projeto Jurídico Feminista Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. **Revista Digital de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 3, n. 3, p. 574-601, 2016.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Jornadas do judiciário na implementação da Lei Maria da Penha**. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2022.

SEVERI, Fabiana Cristina (org.). **Reescrevendo decisões judiciais em perspectivas feministas: a experiência brasileira**. Ribeirão Preto: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2023a. Disponível em: www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/1018. Acesso em: 14 jan. 2024.

SEVERI, Fabiana Cristina. A reescrita de decisões judiciais em perspectivas feministas no Brasil como política de tradução translocal. In: SEVERI, Fabiana Cristina (org.). **Reescrevendo decisões judiciais em perspectivas feministas: a experiência brasileira**. Ribeirão Preto: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2023b. Disponível em: www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/1018. Acesso em: 14 jan. 2024.

SOUZA, Luanna Tomaz de. Demanda Penal e Violência Doméstica e Familiar Cometida contra a Mulher no Brasil. **Revista Ártemis**, [S. l.], v. 13, n. 1, 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/artemis/article/view/14220>. Acesso em: 28 jan. 2024.

ALIMENTOS NA CONJUGALIDADE E NA CONVIVÊNCIA: ALÉM DO BINÔMIO POSSIBILIDADE/NECESSIDADE, UMA IMPRESCINDÍVEL REESCRITA SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO

Alimony in maritality and coexistence: beyond the possibility/necessity binomial, an essential rewriting from the gender perspective⁷

Aline Rodrigues de Lourdes⁸
Carlos Eduardo Silva e Souza⁹

RESUMO

Os direitos das mulheres devem ser pautados pela isonomia, mas a aplicação judicial deles é frequentemente superficial e influenciada por resquícios machistas, falhando em garantir a proteção efetiva. O constitucionalismo feminista multinível, como instrumento, propõe integrar a perspectiva de gênero ao direito constitucional, abordando questões sob o viés constitucional e de gênero, e harmonizando a aplicação de direitos inscritos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas também com níveis de proteção internacional, regional e nacional. A condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Márcia Barbosa e Outras vs. Brasil” resultou na criação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, agora de aplicação obrigatória pela Resolução CNJ nº. 492/2023. Todavia, o uso desse protocolo é ainda pouco difundido entre operadores do direito. Neste sentido, este estudo se propõe a reescrever uma decisão judicial sobre a exoneração de alimentos na conjugalidade, considerando a dependência econômica após o término do casamento, sob a ótica do constitucionalismo feminista. Utilizando o método dedutivo e estudo de caso, e alinhando-se às diretrizes do Protocolo do CNJ e ao método “pergunta pela mulher” de Katherine Bartlett, busca-se fundamentar a decisão de modo que seja contemplada a perspectiva de gênero, destacando as características e a situação de dependência econômica da mulher, assegurando proteção mais efetiva às suas vulnerabilidades. Os resultados alcançados pelo presente trabalho evidenciam que a tutela jurisdicional em matéria de alimentos decorrente do término da conjugalidade é tema que merece atenção e efetivo esforço para se avançar na temática. Além disso, como resultado, nota-se que as alterações propostas para o Código Civil no âmbito do Congresso Nacional pouco avançam na mudança do cenário de desprestígio à perspectiva feminista, o que merece atenção naquela Casa de Leis.

PALAVRAS-CHAVE: Conjugalidade; dependência econômica; alimentos entre cônjuges; perspectiva de gênero.

ABSTRACT

Women's rights must be guided by equality, but their judicial application is often superficial and influenced by sexist elements, failing to guarantee effective protection. Multilevel feminist constitutionalism as an instrument, proposes to integrate the gender perspective into constitutional law, addressing issues from a constitutional and gender perspective, and harmonizing the application of rights inscribed in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, but also with levels of protection international, regional and national. The conviction of Brazil by the Inter-American Court of Human Rights in the case "Márcia Barbosa and Others vs. Brazil" resulted in the creation of the Protocol for Judgment with a Gender Perspective, now mandatory for application by CNJ Resolution No. 492/2023. However, the use of this protocol is still not widespread among legal practitioners. In this sense, this study proposes to rewrite a judicial decision on the exemption of spousal maintenance, considering economic dependence after the end of the marriage, from the perspective of feminist constitutionalism. Using the deductive method and case study and aligning with the guidelines of the CNJ Protocol and Katherine Bartlett's "question for the woman" method, we seek to substantiate the decision so that the gender perspective is considered, highlighting the characteristics and the situation of women's economic dependence, ensuring more effective protection for their vulnerabilities. The results achieved by this work show that judicial protection, in matters of food arising from the end of the marital relationship, is a topic that deserves attention and effective effort to advance the issue. Furthermore, as a result, it is noted that the changes proposed to the Civil Code within the scope of the National Congress make little progress in changing the scenario of discredit to the feminist perspective, which deserves attention in that House of Laws.

KEYWORDS: Conjuality; economic dependence; alimony between spouses; gender perspective.

1. INTRODUÇÃO

A vulnerabilidade atrelada ao gênero, que acompanha gerações e contextos históricos, tanto internos quanto globais, é denunciada pela inquietude e mobilização das mulheres em todo o mundo, de forma individual e organizada em redes. Os movimentos feministas, notadamente, se revestem e demonstram a necessidade predominante de empoderamento, cuja ideia é orientada por um histórico e um presente marcado por invisibilidades (Prá; Pagot, 2018, p. 117).

Ao se tratar sobre invisibilidades, remete-se indissociavelmente às desigualdades de gênero. O gênero que ocupa a pauta das desigualdades possivelmente tenha se apropriado deste lugar por ser, conforme leciona Butler (1990, p. 7), um meio discursivo/cultural através

do qual a "natureza sexuada" ou um "sexo natural" é produzido e estabelecido como "pré-discursivo", uma superfície politicamente neutra sobre a qual a cultura atua.

Essa análise de Butler parece esclarecer a manifesta consequência de uma construção histórica patriarcal que repousa sobre a trajetória das mulheres, seu contexto de invisibilidades, submissão, opressão, ausência de acesso a direitos, bem como de desigualdades e violências na participação em qualquer espaço social, seja familiar, seja público.

Embora seja comumente difundida a afirmação de que a mulher nasceu com um instinto maternal, é frágil e delicada, enquanto o homem é forte e provedor, constata-se que as atribuições de papéis e características, a identidade social de cada sexo, são, na verdade, uma construção histórica, conforme bem leciona He-

leith Saffioti:

A identidade social da mulher, assim como a do homem, é construída através da atribuição de distintos papéis, que a sociedade espera ver cumpridos pelas diferentes categorias de sexo. A sociedade delimita, com bastante precisão, os campos em que pode operar a mulher, da mesma forma como escolhe os terrenos em que pode atuar o homem (Saffioti, 1987, p. 8).

Nessa conjuntura, destacam-se os movimentos feministas, nos quais se desenvolve a noção do empoderamento feminino, moldado pelo feminismo, o qual evoluiu para incorporar múltiplas interpretações e significados, centrando-se na emancipação e autonomia como fundamentos para a igualdade de gênero. Essencialmente, esse conceito reflete o esforço dos movimentos feministas em desarmar as estruturas de poder patriarcais e promover a equidade em todas as esferas sociais. O empoderamento, portanto, não é apenas um desafio às normas dominantes, mas um passo em direção ao fortalecimento e desenvolvimento das capacidades femininas, combatendo a dominação masculina e contribuindo para a transformação social (Prá; Pagot, 2018, p. 118-120).

As investidas femininas foram responsáveis, sobretudo, pela ocupação de lugares que antes não pertenciam às mulheres, fenômeno que passou a se refletir nos ordenamentos jurídicos. A título ilustrativo, menciona-se o contexto legal brasileiro, que, em seu primeiro Código Civil (1916), revelava o conceito enraizado na sociedade brasileira e expressado pelo legislador, em que a mulher era considerada submissa ao marido, com características ligadas aos valores tradicionais da família nacional e, portanto, civilmente incapaz, conforme prescrevia o art. 6º. O homem era considerado o “chefe da sociedade conjugal”, a quem eram conferidos o poder de administrar os bens particulares da

mulher e o direito de autorizá-la a exercer uma profissão.

Durante a elaboração das Constituições Federais, não foram verificadas preocupações com a igualdade de gênero. Registram-se algumas conquistas no cenário brasileiro, ilustradas, por exemplo, pela luta pelo direito ao voto como uma das pautas dos movimentos feministas, que foi legitimado com a oficialização do sufrágio feminino em 1932, pelo Decreto n.º 21.076 (Código Eleitoral). Contudo, ainda de forma tímida, limitando-se inicialmente às mulheres com funções públicas remuneradas e idade mínima de 21 anos.

A Constituição Federal de 1988 é reconhecida como uma das mais progressistas do mundo em termos de direitos femininos (Pinto, 2010, p. 17), incorporando as demandas dos movimentos de mulheres, especialmente na garantia de igualdade de gênero. Destaca-se a proteção ampla à maternidade em aspectos trabalhistas, previdenciários e sociais, com ênfase no direito à licença-maternidade e à segurança no emprego (arts. 6º, 7º, 201, 203). Inova ao reconhecer a igualdade conjugal, a diversidade familiar e ao intensificar a proteção contra a violência doméstica (arts. 7º e 226), além de promover o planejamento familiar e a saúde reprodutiva (arts. 226, § 7º), representando um deslocamento significativo em relação ao anterior Código Civil de 1916, que consolidava a superioridade masculina nas relações familiares (Barboza; Demétrio, 2019, p. 7-8).

A relevância e a contemporaneidade do assunto transcendem notoriamente as discussões e normatizações internas. Os direitos das mulheres são amplamente tutelados pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, fortalecendo a proteção constitucional em diversas nações. Documentos como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979) e a Convenção de

Belém do Pará (1994) exemplificam o compromisso global com a igualdade de gênero.

Internamente, no Brasil, legislações como a Lei Maria da Penha e iniciativas como a Recomendação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) n.º 128/2022, que promove o julgamento com perspectiva de gênero, além do método do constitucionalismo feminista, refletem o progresso em direitos femininos. Além das normativas, a educação em direitos humanos é imprescindível para o avanço na equidade de gênero e fortalecimento do diálogo feminista (Cambi; Nosaki; Fachin, 2023, p. 59).

No Brasil, a persistência da violência baseada no gênero tem suas raízes em uma estrutura social historicamente patriarcal, permeada por atitudes machistas e misóginas, entre outras formas de opressão. Essa violência não se restringe ao âmbito social, mas se estende ao institucional, manifestando-se por meio de falhas legislativas que negligenciam as vulnerabilidades das mulheres e pela ausência de políticas públicas, programas e serviços que sejam efetivos, eficientes e acessíveis para garantir a proteção das mulheres (CEDAW, 2019, p. 22).

É cediço que a atuação do Poder Judiciário precisa ser realinhada às diretrizes internacionais e nacionais de proteção à mulher e eliminação de toda e qualquer forma de discriminação, conforme estabelecido pela Resolução CNJ n.º 492/2023, bem como à adoção de práticas judiciais que incorporem uma perspectiva de gênero para efetivamente assegurar os direitos e a dignidade das mulheres (Cambi; Nosaki; Fachin, 2023, p. 60).

A partir dessas premissas, este estudo busca enfrentar o desafio de reinterpretar decisões judiciais sob uma perspectiva feminista. O foco está na análise e reformulação do voto da desembargadora relatora, compreendendo o relatório, a fundamentação e a conclusão, em observância aos termos procedimentais para elaboração de voto. Esse voto integrou e foi acom-

panhado pela decisão da Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso (TJMT), no Agravo de Instrumento n.º 1014036-52.2020.8.11.0000, datada de 10 de fevereiro de 2021, no âmbito do Direito de Família.

A análise propõe uma integração entre o dever de fundamentação das decisões judiciais e o enfrentamento detalhado dos argumentos e evidências trazidos pelas partes, através do prisma feminista. O objetivo é transcender as práticas convencionais que enfatizam a celeridade processual em detrimento da profundidade e qualidade da argumentação. Ao adotar uma perspectiva multidimensional, enfatiza-se a viabilidade de alcançar resoluções judiciais que sejam eficazes e justas, além de legitimadas sob a perspectiva de gênero.

Além disso, a reescrita busca harmonizar com as normativas do Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, sem, contudo, desconsiderar a importância da fundamentação e apresentação de uma versão ampliada do voto, objeto da reescrita. A opção por uma reescrita um pouco mais ampla visa explorar as minúcias do caso com a possibilidade viabilizada pelas lentes acadêmicas, além de estar em consonância com o art. 2º, inciso II, alínea "a", da Portaria da Presidência n.º 351, de 04 de dezembro de 2023.

Assim, por meio de uma reformulação sob um enfoque feminista, este trabalho busca contribuir para o conjunto de ferramentas analíticas ao adotar uma perspectiva interpretativa que considera a voz e a opinião das mulheres como meio democrático de expressão, promovendo, assim, uma expansão dos horizontes interpretativos no campo jurídico.

2. APRESENTAÇÃO DO CASO E DA DECISÃO ORIGINAL

A decisão proposta para reescrita foi pro-

ferida pelo TJMT, cuja escolha inicialmente se deu pela matéria principal tratada no recurso, que é a pensão alimentícia decorrente da relação conjugal ou convivencial. Nesse contexto, evidencia-se a presença de questões diretamente relacionadas ao gênero, destacando-se as desigualdades fundantes perpetuadas em desfavor da mulher. O caso também aborda e externaliza um cenário com significativos resquícios do poder patriarcal, atuante há muito tempo em inúmeras sociedades, especialmente na brasileira.

Por meio do contexto do caso discutido na decisão, observam-se as marcantes consequências de uma sociedade que ditou e continua a ditar os lugares que devem ser ocupados pelas mulheres, enfatizando o lar como ambiente comum de ocupação. Nele, a mulher é responsável pela educação dos filhos e pelas tarefas domésticas, abdicando do aprofundamento nos estudos, do aperfeiçoamento profissional e, até mesmo, do ingresso e permanência no mercado de trabalho (Saffioti, 1987, p. 9).

Além disso, constata-se a relevância da decisão abordada na medida em que se observa a reiteração de julgamentos em caráter generalista, não sendo identificada qualquer decisão proferida pelo TJMT até a data da realização deste estudo que aplique, ao menos explicitamente, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero em processos de natureza cível, com o propósito de alcançar, ou ao menos caminhar em direção a uma igualdade substancial, o que também justifica, além do caráter geográfico, a escolha da decisão ora reescrita.

Desse modo, visando, por meio de uma nova redação, propor e promover uma perspectiva de prestação jurisdicional dialógica e integrativa, enfatizando um comprometimento com a busca por igualdade, além de demonstrar as dificuldades observadas em relação à Corte emissora na formação de fundamentos que alinhem teoria do direito e teorias feministas, propõe-se a presente reescrita.

A decisão da Segunda Câmara de Direito Privado do TJMT, proferida em 10 de fevereiro de 2021, no julgamento do Agravo de Instrumento nº. 1014036-52.2020.8.11.0000, versa sobre recurso interposto pelo ex-marido contra a decisão que negou a exoneração de sua obrigação alimentar em sede liminar.

O autor e agravante ajuizou uma ação para exoneração de alimentos em face de sua ex-cônjuge, discorrendo sobre o histórico matrimonial das partes, que durou de 08 de novembro de 1986 até 13 de junho de 2004, sob o regime da comunhão universal de bens.

Para contextualizar a controvérsia, é importante destacar que a ex-esposa ingressou com uma ação de alimentos em 2011, assistida pela Defensoria Pública. O processo tramitou perante a 2ª Vara Especializada de Família e Sucessões da Comarca de Várzea Grande/MT, sob o número 9086-26.2011.8.11.0002. A ação baseou-se na alegação de que o ex-cônjuge havia cessado o auxílio destinado aos filhos após estes atingirem a maioridade, impactando também na subsistência da autora. Sem qualificação técnica ou capacidade laborativa, a autora dedicou sua vida aos cuidados da família, apresentando um quadro clínico debilitado com lombalgia crônica e lombociatalgia incapacitante.

A decisão inicial fixou alimentos provisórios em 35% sobre o salário-mínimo. Posteriormente, as partes chegaram a um acordo, homologado por sentença em 2013, estabelecendo o pagamento mensal de R\$320,00 pelo ex-cônjuge. No entanto, em 2016, a mulher moveu cumprimento de sentença, alegando inadimplemento das prestações alimentícias desde 2014. O ex-cônjuge, então com 61 anos, alegando desemprego e falta de renda, buscou a exoneração da pensão alimentícia somente em 2020, argumentando que a ex-esposa deveria buscar meios de subsistência próprios, como benefícios previdenciários ou auxílio dos filhos. O pedido de tutela de urgência para exoneração foi negado, le-

vando à interposição do agravo de instrumento analisado na decisão em questão.

Em suas razões recursais, o ex-cônjuge argumentou que, após decorridos mais de dez anos da separação de fato, a ex-esposa teria estabilizado sua vida pessoal. Além disso, para fundamentar seu pedido, o agravante mencionou suas condições, como idade superior a 60 anos, aliada à natureza autônoma de seu trabalho, que não lhe proporciona uma renda estável, sustentando a inviabilidade financeira de arcar com os encargos da pensão anteriormente estabelecida.

O recurso foi desprovido por unanimidade. As razões apresentadas no voto da desembargadora relatora destacam a existência de poucos documentos que instruem os autos, impossibilitando o acolhimento da pretensão de exoneração da obrigação alimentar; a ausência de provas sobre a capacidade laborativa da agravada, considerando a apresentação de atestados médicos datados dos anos de 2010 e 2011; e a inexistência de prova de que a agravada seja favorecida por benefício previdenciário.

Além disso, a relatora pontuou que, a respeito das possibilidades do agravante, inexistiu demonstração de que ele não dispõe de condições financeiras suficientes para arcar com a obrigação alimentar à ex-cônjuge. Desse modo, não sendo comprovado o pressuposto necessário para exoneração, em sede de cognição sumária, o recurso foi desprovido.

A generalidade das razões trazidas na decisão proferida, a limitação à remissão aos brocardos jurídicos comuns utilizados na análise das pretensões alimentares (necessidade-possibilidade), a ausência de exploração e diálogo com os argumentos trazidos e com as próprias minúcias do caso, especialmente considerando o identificável número de marcadores sociais, são elementos que chamam a atenção.

A partir dessas observações, em um contexto de ausência de explicitação das razões

subjacentes à deliberação, o que decorre do dever legal de fundamentação das decisões judiciais, especialmente em uma questão de relevante importância no contexto brasileiro, propõe-se reescrever o voto da desembargadora relatora da decisão – compreendendo o relatório, fundamentação e conclusão –, o qual foi acompanhado pelos demais componentes da turma recursal. A reescrita explorará fundamentos feministas, para garantir uma aplicação que potencialize a correção das desigualdades, buscando a garantia da igualdade em um sentido substantivo.

3. MÉTODOS E ABORDAGENS UTILIZADAS PARA A REESCRITA DA DECISÃO

O dever de julgar com perspectiva de gênero, embora tenha se tornado pauta a partir da publicação do “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” no âmbito do Poder Judiciário brasileiro em 2022, especialmente através da Recomendação CNJ n.º 128/2022, não possui caráter contemporâneo.

O tema já era objeto de instrumento de proteção de direitos humanos, a exemplo da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, especialmente tratado na alínea “c” do art. 2º, além da Convenção Belém do Pará em diversos dispositivos, ambos enfatizando a responsabilidade dos Estados em assegurar a proteção das mulheres e meninas, adotando medidas para eliminar a discriminação.

Contrariando a noção de neutralidade e imparcialidade jurídica, o direito é frequentemente moldado por normas sociais e estereótipos discriminatórios, perpetuando a desigualdade de gênero dentro do sistema de justiça. É importante ressaltar que, embora o patriarcado seja um fator influente na formação jurídica, ele interage com múltiplas formas de poder e opressão, afetando diversos grupos vulneráveis de manei-

ras distintas (Bonatto; Fachin; Barboza, 2022, p. 217).

A partir dessa perspectiva, demonstrado o aspecto crucial de uma abordagem de gênero na prática jurídica, e reconhecendo que as estruturas legais são frequentemente centradas no masculino, foi implementado o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

Através dos instrumentos metodológicos, busca-se, portanto, alinhar as diretrizes do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ à “pergunta pela mulher”, método desenvolvido por Katherine Bartlett (1990, p. 836-845).

De um lado, está o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ, que representa um passo significativo na evolução dos direitos das mulheres e meninas no Brasil. Esta metodologia é uma iniciativa em resposta direta à condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Márcia Barbosa de Souza e outros, além de estabelecer um marco obrigatório para o Poder Judiciário brasileiro. Seu propósito central é mitigar as desigualdades e combater a discriminação e os estereótipos de gênero. Além disso, o protocolo objetiva capacitar os membros do Poder Judiciário para adotarem abordagens judiciais que reconheçam e sejam sensíveis às questões de discriminação de gênero.

Através de uma metodologia que enfatiza a interseccionalidade, o protocolo destaca a importância de considerar fatores como a pobreza, a segregação no mercado de trabalho e as dinâmicas de poder na sociedade. Essa abordagem promove a visão da mulher como autônoma e protagonista de sua própria narrativa, enfatizando a necessidade de decisões judiciais que reconheçam e busquem solucionar as barreiras estruturais enfrentadas por mulheres.

Alinhando-se ao protocolo, utiliza-se a “pergunta pela mulher”, um método implementa-

do por Katherine Bartlett (1990, p. 836-845), no trabalho *Feminist Legal Methods*. Esta ferramenta envolve o questionamento sistemático das implicações de gênero em práticas e regras aparentemente neutras, buscando não apenas revelar as dimensões de gênero ocultas nessas estruturas, mas também propor caminhos para sua reformulação.

Esse método parte do pressuposto de que, frequentemente, o Direito ignora ou minimiza as experiências e valores associados ao feminino, perpetuando padrões que beneficiam perspectivas masculinas. A “pergunta pela mulher” é utilizada como um prisma para investigar como esses padrões jurídicos contribuem para a subordinação das mulheres e como as diferenças de gênero são moldadas e reforçadas por instituições sociais.

Adotar a “pergunta pela mulher” como um método de crítica não apenas contribui para a análise com uma perspectiva de gênero sensível, mas também promove uma decisão que desafia ativamente a subordinação das mulheres. Assim, esse método se torna essencial para a prática jurídica feminista, que busca não só identificar as implicações de gênero das regras jurídicas, mas também favorecer a aplicação de normas que promovam a igualdade de gênero, encorajando a colaboração ampla entre diferentes perspectivas e experiências.

A decisão proferida por uma das turmas julgadoras da Segunda Câmara de Direito Privado do TJMT, objeto da reescrita, revela-se como campo fértil para apresentar uma nova redação, buscando integrar o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero ao método da “pergunta pela mulher”. Segundo esse método, busca-se sopesar as consequências da aplicação da Lei e, paralelamente, adotar medidas cautelosas na elaboração da decisão, para examinar se, de acordo com o gênero, essas consequências seriam diversas.

O contexto substancial que justifica a ne-

cessidade de um novo olhar reside no fato de que a decisão foi proferida por uma turma composta por três desembargadores, dos quais duas são mulheres. Não obstante, não se verificou divergência entre os julgadores, todos seguindo o voto da desembargadora relatora. Essa situação poderia ter sido uma oportunidade para explorar a perspectiva de gênero, potencialmente capaz de influenciar a produção de precedentes judiciais.

A exiguidade de decisões nesse sentido é verificável por uma busca rápida realizada em 19/06/2024 no portal de jurisprudência do TJMT, utilizando a ferramenta “Busca livre” com a expressão “perspectiva gênero”, a qual revelou que os trinta e cinco acórdãos localizados se referem exclusivamente a demandas criminais.

Antes da apresentação da decisão reescrita, entende-se necessária uma análise – ainda que sucinta – da proposta de atualização e revisão do Código Civil em andamento no Senado Federal (2024). Esse apontamento é necessário para possibilitar uma visão projetada no futuro, a fim de permitir a compreensão (ou ausência) de possíveis contribuições nos trabalhos que estão sendo realizados pela Comissão de Juristas no âmbito do Senado Federal.

Na proposta apresentada, observa-se um significativo avanço no âmbito do Direito das Famílias, contemplando a pluralidade de arranjos familiares, com menor intervenção do Estado, inclusive na desjudicialização dos conflitos que envolvem o tema, além de um inegável prestígio à autonomia dos integrantes do núcleo familiar. Algumas referências ao gênero são suprimidas em dispositivos normativos atualmente contidos no Código Civil em vigor, conforme proposta apresentada pela Subcomissão de Direito de Família.

Entretanto, percebe-se que uma perspectiva feminista deixa de ser contemplada com a ênfase que a revisão e atualização do Código Civil poderia colaborar, de tal sorte que a visão em

relação ao “Direito das Famílias do futuro” não é animadora nesse cenário.

Ressalva-se que, em que pese efetivamente os trabalhos pudessem esperar o rumo aqui debatido, os relevantes trabalhos desenvolvidos pela Comissão de Juristas responsável pelo trabalho de revisão e atualização do Código Civil estão bem delimitados na conformidade do texto normativo com a jurisprudência consolidada nas Cortes Superiores.

Fato é que, indo muito além de uma simples revisão, a perspectiva de uma pretendida “atualização” do Código Civil não poderia ser aguardada em caminhos não harmônicos, desafiados ou distantes da perspectiva feminista, o que deve gerar reflexão e esperada ação, já que a proposição legislativa ainda não consolidada e discutida com grau de definitividade naquela Casa de Leis.

4. DECISÃO REESCRITA

AGRAVO DE INSTRUMENTO: 1014036-52.2020.8.11.0000/MT

VOTO

EXMA. SRA. DESEMBARGADORA RELATORA

Egrégia Câmara

O agravante solicita a exoneração da pensão alimentícia estabelecida em acordo amigável em favor de sua ex-cônjuge; essa é a essência do recurso.

Para contextualizar a controvérsia discutida no recurso, é necessário analisar os fatos relacionados, o que não configura supressão de instância, mas sim uma exposição clara dos fundamentos que norteiam a decisão a ser tomada, conforme estabelecido pelo art. 93, inciso IX, da Constituição Federal (CF) e art. 11 do Código de Processo Civil (CPC). Assim, passa-se a uma

síntese das ações judiciais relacionadas à questão em análise:

I. Ação de alimentos (Processo n.º 9086-26.2011.8.11.0002):

A agravada, ex-esposa do agravante, moveu uma ação de alimentos em 2011, assistida pela Defensoria Pública, na qual comprovou o casamento, a dissolução do vínculo e a falta de contribuição do ex-marido após a maioridade dos filhos. A autora, sem qualificações técnicas e capacidade laboral, dedicou-se aos cuidados familiares e apresentou provas de sua condição clínica debilitada, incluindo as patologias lombalgia crônica e lombociatalgia incapacitante. A ação resultou na fixação de alimentos provisórios em 35% do salário-mínimo. Posteriormente, as partes chegaram a um acordo, fixando o valor da pensão alimentícia em R\$320,00, equivalente a 58,71% do salário-mínimo, homologado em 10/07/2013. Em 2016, a agravada iniciou o cumprimento de sentença pela falta de pagamento das prestações alimentícias desde julho de 2014.

II. Ação de Exoneração de Alimentos (Processo n.º 1013145-25.2020.8.11.0002):

Em 2020, o ex-marido, agora agravante, ajuizou uma ação com pedido de exoneração da pensão alimentícia, alegando que a ex-esposa teve tempo suficiente para encontrar meios de sustento próprio. Argumentou que ela deveria buscar benefícios previdenciários e auxílio dos filhos. O pedido de exoneração da pensão em tutela de urgência foi negado, resultando na interposição do presente agravo de instrumento.

Pois bem, a obrigação de prestar alimentos pode ser fixada em favor de filhos, cônjuges e parentes, conforme previsto no Código Civil. Seja qual for a sua origem, a fixação do valor a ser estabelecido é orientada pelo binômio necessi-

dade/possibilidade, compatibilizando com o padrão de vida e a condição social das partes envolvidas. No mesmo sentido, a manutenção da obrigação alimentar observa esses requisitos prévios e mínimos.

No presente caso, verifica-se que a obrigação alimentar foi estabelecida por meio de um acordo entre as partes, com o agravante comprometendo-se a pagar mensalmente o valor fixado em favor de sua ex-esposa. Assim, inicialmente, entende-se que o acordo observou a possibilidade do agravante e as necessidades da agravada de forma proporcional.

É importante destacar que a obrigação alimentícia uma vez fixada, pode ser extinta. No entanto, de acordo com as regras do ônus probatório processual (CPC, art. 373), cabe às partes apresentarem provas para sustentar seus argumentos.

Apesar dos argumentos apresentados pelo agravante, cabia a ele comprovar sua impossibilidade financeira, especialmente considerando indícios de inadimplência desde 2014, quando a agravada iniciou o cumprimento de sentença, pouco tempo após o estabelecimento da obrigação. Além disso, somente após esgotadas todas as alternativas para evitar o cumprimento da obrigação e com um mandado de prisão civil expedido pela falta de pagamento da pensão alimentícia, o agravante busca a exoneração dos alimentos de forma liminar.

Portanto, na ausência de provas mínimas e suficientes, a alegação de ausência de trabalho fixo e o transcurso do tempo como único fator para que a credora, sua ex-esposa, incapacitada, alcançasse a autossuficiência, não são elementos suficientes para exonerá-lo liminarmente de sua obrigação alimentar.

Não é demais registrar que a questão tratada (direitos aos alimentos) é um direito fundamental, destacando-se, a propósito, a abordagem do Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal (STF), em seu voto, na ADI

n.º 5.422, segundo o qual “os alimentos funcionam como prestação que se destina a assegurar a manutenção da dignidade da pessoa humana, com base na solidariedade, sendo, ainda, considerado direito social”.

A duração da obrigação alimentar decorrente do vínculo conjugal pode ser transitória ou temporária, sendo concedida entre as partes por um período determinado. Atualmente, tanto na doutrina (Buzzi, 2003, p. 123) quanto nas decisões judiciais, a tendência é considerar a obrigação alimentar conjugal como transitória.

Os alimentos transitórios representam um conceito desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência, ainda sem previsão legal específica, e são destinados a ter uma duração limitada, em consonância com o princípio constitucional da igualdade de gênero. O Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2010, REsp 1.025.769-MG) adotou o entendimento de que os alimentos entre ex-cônjuges ou ex-companheiros devem ser excepcionais, de natureza transitória e estabelecidos por um prazo definido, exceto em casos em que um dos cônjuges não tenha mais condições de reintegração ao mercado de trabalho ou de recuperar sua independência financeira.

De acordo com Melissa Ourives Veiga (2024, p. 623), é importante reconhecer que não há um período fixo para a duração da prestação alimentar pós-conjugal, pois cada caso deve ser analisado com atenção às particularidades da relação. É essencial considerar que os efeitos do término da vida conjunta são experimentados de maneira distinta por mulheres e homens.

Nesse sentido, embora seja incomum o pedido de alimentos do homem à mulher, em uma situação hipotética em que a mulher tenha melhores condições econômicas e financeiras do que o homem, seu ex-cônjuge, incapacitado e fora do mercado de trabalho por ter se dedicado aos cuidados do lar, o pedido de exoneração de alimentos por parte da ex-esposa seria visto como uma medida justa e necessária sob a

perspectiva da necessidade/possibilidade ou causaria aversão? Parece-nos que, caso os papéis se invertessem, o sistema normativo-jurídico, assim como o clamor social, tenderia a propor soluções capazes de conduzir o caso sob a ótica da igualdade formal e material.

O fato é que a mulher na condição de dependente é assim narrada e vivencia essa realidade ao longo da história até os dias atuais, pois a sociedade a submeteu ao papel social ligado à domesticidade, o que não é resultado de instinto ou destino, mas de uma construção social.

É importante ressaltar que os alimentos entre ex-cônjuges têm como fundamentos principais a solidariedade e o dever de mútua assistência, e a questão refere-se à sobrevivência digna, ultrapassando as questões relacionadas ao fim da união ou ao gênero dos envolvidos. No entanto, a maioria dos afetados são mulheres que se dedicaram integralmente aos cuidados e educação dos filhos e à organização do lar.

Conforme relatado, os alimentos foram estabelecidos devido ao término da conjugalidade, demonstrando que a agravada não possui condições de subsistência, especialmente por estar impossibilitada de trabalhar devido a problemas clínicos.

Portanto, a abordagem deste caso exige uma análise alinhada ao Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ, conforme estabelecido pela Recomendação CNJ n.º 128/2022. Essa abordagem implica refletir e reconhecer o papel tradicional desempenhado pela mulher na estrutura familiar brasileira e suas consequências, em especial a dependência econômica.

Embora o agravante alegue não ter vínculo formal de trabalho atualmente, os autos da ação originária (ação de exoneração de alimentos) indicam que ele já exerceu atividade laboral formal, comprovada por declaração de empregadores. Por outro lado, não há evidências de que a agravada tenha exercido trabalho remunerado

fora do lar. Considerando a duração do casamento, de 08 de novembro de 1986 até 13 de junho de 2004, infere-se uma divisão tradicional dos papéis, na qual o homem se ocupava das atividades remuneradas e da administração dos bens, enquanto a mulher se dedicava aos cuidados domésticos e à educação dos filhos.

Nesse contexto, é importante ressaltar o papel da mulher na dinâmica familiar, especialmente sua contribuição produtiva através dos cuidados, frequentemente desvalorizada em uma sociedade estruturada sob um sistema patriarcal que submete as mulheres e é projetada por e para homens. A esse respeito, destacam-se as palavras de Rodrigo de Cunha Pereira:

A mulher, historicamente, esteve relegada da cena pública e política. Sua força produtiva era desconsiderada. Os afazeres domésticos nunca receberam valor produtivo; seus trabalhos, na esfera privada e sem valor de troca, acabaram reduzidos a uma justificativa em razão da "natureza feminina", respeitando a ordem do gênesis. Como complemento do homem, a mulher é uma criatura essencialmente relativa, existindo somente para o homem e para os filhos (Pereira, 2012, p. 110).

Portanto, é essencial que, mesmo em uma análise preliminar, este caso seja examinado à luz das evidências de desigualdade de gênero e da vulnerabilidade feminina presente nos autos. Essa abordagem é indispensável, sobretudo quando a mulher busca do ex-cônjuge, pai de seus filhos, o suporte alimentar, que é um direito fundamental e social para a manutenção de sua subsistência.

Nesse contexto, alinha-se ao entendimento jurisprudencial contemporâneo que a pensão alimentícia entre ex-cônjuges não deve se limitar à comprovação da mudança no binômio necessidade/possibilidade. Outras variáveis devem ser levadas em conta, como a capacidade potencial de trabalho da parte requerente e

o período transcorrido desde o início da obrigação alimentar até o momento do pedido de exoneração. Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DE S. S. V. FAMÍLIA. ALIMENTOS ENTRE EX-CÔNJUGES. EXONERATÓRIA. EXCEPCIONALIDADE À REGRA DA TEMPORALIDADE E TRANSITORIEDADE NÃO PRESENTE. INCONTROVERSA AUTONOMIA FINANCEIRA ADQUIRIDA PELA ALIMENTADA, QUE RECEBE PENSÃO HÁ MAIS DE 11 ANOS. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Há entendimento firme no âmbito do STJ de que a pensão entre os ex-cônjuges não está limitada somente à prova da alteração do binômio necessidade/possibilidade, devendo ser considerada outras circunstâncias, como a capacidade potencial para o trabalho, o tempo decorrido entre o seu início e a data do pedido de desoneração. 2. Na linha da jurisprudência desta Casa, o pensionamento somente deve ser perene em situações excepcionais, como de incapacidade laboral permanente, saúde fragilizada, ou impossibilidade prática de inserção no mercado de trabalho ou de adquirir autonomia financeira. 3. No caso concreto, [...]. 4. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo interno não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos. 5. Agravo interno não provido. (STJ – AgInt no AREsp: 1855776 RJ 2021/0081742-4, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 29/05/2023, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/05/2023) (grifos nossos).

Nesse cenário, não há fundamentação suficiente para alterar a decisão inicial que rejeitou o pedido de exoneração de alimentos em caráter de urgência. O pedido baseia-se na alegada falta de emprego fixo do devedor e no tempo transcorrido desde que ele se comprometeu a prestar alimentos à agravada, período que su-

postamente seria suficiente para que ela alcançasse a autossuficiência.

Contudo, a análise da extinção da obrigação alimentar entre cônjuges deve considerar as orientações do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero e os entendimentos recentes do STJ, que não se limitam à prova da alteração do binômio necessidade/possibilidade – o que, de qualquer forma, não foi comprovado no caso em análise. Outros aspectos devem ser levados em conta.

Nota-se, em sede de cognição sumária, que a ex-esposa do agravante, com quem conviveu formalmente por mais de 17 anos, entre 1986 e 2004, não exerceu trabalho remunerado e apresenta incapacidade para o trabalho.

A título ilustrativo, se a agravada tivesse exercido trabalho remunerado, o montante possível aferido como remuneração representaria o que o agravante deixou de gastar, pois, na ausência da agravada, possivelmente precisaria contratar serviços domésticos de terceiros. A agravada, por sua vez, deixou de receber esse valor por se dedicar aos cuidados da família durante longos anos. Caso tivesse trabalhado de forma regulamentada, teria direito a todas as verbas trabalhistas e contribuições previdenciárias, o que a possibilitaria um benefício previdenciário atualmente, seja pelo tempo de contribuição, por suas incapacidades registradas ou pela idade.

Além do trabalho doméstico, a agravada dedicou-se à família, cuidando dos filhos, educando-os e zelando pelo bem-estar do seu lar,

atividades que não são passíveis de delegação a prestadores de serviços terceirizados. Enquanto o agravante atuava como provedor familiar com vida laboral ativa, a agravada, assim como muitas outras mulheres que dedicaram suas vidas à família, estava encarregada dos afazeres domésticos e do cuidado do lar em suas mais diversas nuances.

Ademais, é importante destacar que, após a assunção da obrigação de prestar alimentos à agravada, o agravante manteve-se no mercado de trabalho. O primeiro cumprimento de sentença iniciado pela agravada ocorreu em 2014, pouco tempo após a fixação da obrigação alimentar, o que evidencia que, desde o início, o agravante falhou em cumprir com suas responsabilidades. Ele recorreu à ação de exoneração somente no ano de 2020, após ter sua prisão civil decretada.

Dessa forma, diante do conjunto probatório apresentado, não se justifica a reforma da decisão que indeferiu a exoneração da obrigação alimentar, pelo menos nesta etapa preliminar de análise.

Dessa forma, diante do conjunto probatório a-presentado, não se justifica a reforma da decisão que indeferiu a exoneração da obrigação alimentar, pelo menos nesta etapa preliminar de análise.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

NOTAS DE RODAPÉ

⁷ Submetido em 18 mar. 2024. Aprovado em 25 jun. 2024.

⁸ Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade do Estado de Mato Grosso –

UNEMAT). Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo da FD/UFMT. E-mail: aline.r.lourdes@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9912268733640057>.

⁹ Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Líder do Grupo de Pesquisa “Direito Civil Contemporâneo”. Coordenador-Adjunto do Laboratório de Direito Civil Contemporâneo da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Contratual – IBDCONT, Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil – IBERC e do Instituto Brasileiro de Estudos do Agronegócio – IBEA. Titular da Cadeira n.º 16 da Academia Mato-grossense de Direito. Advogado. E-mail: carlos.souza@ufmt.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2389881327796689>.

¹⁰ Verbis: “Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, nº. 1), ou à maneira de os exercer: [...] II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal” (Brasil, 1916).

¹¹ Verbis: “Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: [...] II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial; [...] IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal” (Brasil, 1916).

¹² Verbis: “Art.2º A certificação dos segmentos da justiça com o Selo Linguagem Simples, será realizada por meio de Comissão de Avaliação do Selo, que observará, além da adesão ao Pacto do Poder Judiciário Pela Linguagem Simples, sem prejuízo de outros, os seguintes critérios: [...] II – brevidades nas comunicações: a) incentivo à utilização de versões resumidas de votos nas sessões de julgamento, sem prejuízo da juntada da versão ampliada nos processos judiciais” (Brasil, 2023).

¹³ Verbis: “Artigo 2º – Os Estados-partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a: [...] c) estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher em uma base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação” (CEDAW, 1979).

¹⁴ Conforme Relatório Médico – Identificador nº. 154825154 – Pág. 21 e ss. – Processo nº. 1013145-25.2020.8.11.0002.

¹⁵ “Evidentemente, a irrupção de uma presença e de uma fala femininas em locais que lhes eram até então proibidos, ou pouco familiares, é uma inovação do século 19 que muda o horizonte sonoro. Subsistem, no entanto, muitas zonas mudas e, no que se refere ao passado, um oceano de silêncio, ligado à partilha desigual de traços, da memória e, ainda mais, da História, este relato que, por muito

JULGADO OBJETO DA REESCRITA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO. Segunda Câmara de Direito Privado. **Agravo de Instrumento n.º 1014036-52.2020.8.11.0000**, Relatora: Desembargadora Marilsen Andrade Addario. Cuiabá, 10 fev. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia-api.tjmt.jus.br/VisualizaRelatorio/RetornaDocumentoAcor dao?id=76447994&colegiado=Segunda&origem=PJe>. Acesso em: 22 fev. 2024.

BIBLIOGRAFIA

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMÉTRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 13, p. 1-34, set./dez. 2019. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/139222>. Acesso em: 24 fev. 2024.

BARTLETT, Katherine T. Feminist Legal Methods. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 103, n. 4, p. 829-888, fev. 1990.

BONATTO, Marina. FACHIN, Melina Girardi; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Constitucionalismo Feminista: Para Ler e Interpretar o Direito (Constitucional) com as Lentes de Gênero. **Revista CNJ**, Brasília, v. 6, Edição Especial Mulher e Justiça, p. 213-224, ago. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/view/312>. Acesso em: 24 fev. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

BRASIL. **Decreto n.º 21.076, de 24 de fevereiro de 1932**. Decreta o Código Eleitoral. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 29 fev. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria Presidência n.º 351, de 4 de dezembro de 2023.** Institui no Conselho Nacional de Justiça o Selo Linguagem Simples. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/12/portariaselolinguagensimples.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n.º 144 de 25/08/2023.** Recomenda aos Tribunais que implementem o uso da linguagem simples nas comunicações e atos que editem. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5233>. Acesso em: 22 jun. 2024.

BUTLER, Judith. **Gender trouble: feminism and the subversion of identity.** New York: Routledge, 1990.

BUZZI, Marco Aurelio Gastaldi. **Alimentos transitórios: Uma obrigação por tempo certo.** Curitiba: Juruá, 2003.

CAMBI, Eduardo; NOSAKI, Letícia de Andrade Porto; FACHIN, Melina Girardi. Tutela Judicial das Vulnerabilidades Femininas: O papel do Poder Judiciário Brasileiro na Efetivação do Constitucionalismo Feminista. **Revista CNJ**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 57-71, jan./jun.2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/453>. Acesso em: 24 fev. 2024.

COMITÊ PARA ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (CEDAW). **Recomendação Geral n.º 35 sobre violência de gênero contra as mulheres, de 26 de julho de 2017.** Tradução: Neri Accioly. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação n.º 128, de 15 de fevereiro de 2022.** Recomenda a adoção do “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4377>. Acesso em: 24 fev. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n.º 492, de 17 de março de 2023.** Estabelece, para adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário, as diretrizes do protocolo aprovado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CNJ n.º 27/2021. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4986>. Acesso em: 24 fev. 2024.

CONVENÇÃO de Belém do Pará, 1994. Disponível em: <https://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 24 fev. 2024.

CONVENÇÃO sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), 1979. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>. Acesso em: 24 fev. 2024.

COMITÊ PARA ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (CEDAW). **Recomendação Geral n.º 35 sobre violência de gênero contra as mulheres, de 26 de julho de**

2017. Tradução: Neri Accioly. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2024.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PERROT, Michelle. **As mulheres ou os silêncios da história**. Tradução: Viviane Ribeiro. Bauru, SP: EDUSC, 2005.

PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, História e Poder. **Revista Sociologia e Política**, Curitiba, v. 18, n. 16, p. 15-23, jun. 2010. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31624>. Acesso em: 09 mar. 2024.

PRÁ, Jussara Reis; PAGOT, Rhaíssa. Rotas de empoderamento das mulheres no contexto dos feminismos, da cidadania e dos direitos humanos. **Revista Inclusão Social**, Brasília, v. 11, n. 2, p. 115-132, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://revista.ibict.br/inclusao/article/view/4249>. Acesso em: 24 fev. 2024.

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

SENADO FEDERAL. **Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2630>>. Acesso em: 13 mar 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma. **Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1.855.776/RJ**, Relator: Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro, 29 mai. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=202100817424&dt_publicacao=02/08/2023. Acesso em: 09 mar. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma. **Recurso Especial n.º 1.025.769/MG**, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 24 ago. 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800173420&dt_publicacao=01/09/2010. Acesso em: 09 mar. 2024.

VEIGA, Melissa Ourives. Alimentos compensatórios humanitários: ajustes necessários à realidade da mulher. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (coord.). **Direito das famílias**: por juristas brasileiras. São Paulo: Foco, 2024.

GRAVIDEZ EM CONCURSO PÚBLICO COMO PROJETO OUSADO E DEFORMIDADE SUBLIME AOS OLHOS DA SUPREMA CORTE: REESCRITA FEMINISTA NO BOJO DO RE n.º 1.058.333 (TEMA n.º 973) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Pregnancy in public selection process as a daring project and sublime deformity in the eyes of the Brazilian Federal Supreme Court: feminist rewriting in the context of the extraordinary appeal No. 1.058.333 (Theme No. 973)¹⁷

Thaís Coelho Mariano¹⁸

Otávio Binato Júnior¹⁹

RESUMO

O presente artigo visa à reescrita feminista do voto do Min. Marco Aurélio no Recurso Extraordinário n.º 1.058.333 (tema n.º 973) do Supremo Tribunal Federal dentro do projeto de reescrita feminista de decisões judiciais. No julgado objeto de análise, foi debatida a possibilidade de candidata gestante remarcar a prova de exame de aptidão física em concurso público de Policial Militar do estado do Paraná em virtude de gestação contrariando expressa previsão do edital do certame. Não obstante no julgamento do recurso a tese favorável ao gênero feminino tenha sido vencedora, o voto objeto de reescrita apresenta uma série de argumentos problemáticos e potencialmente machistas. Assim, busca-se adequar o voto objeto da reescrita às premissas da teoria feminista.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria feminista; Supremo Tribunal Federal (STF); Concurso público; Gravidez; Tema n.º 973.

ABSTRACT

This article aims to rewrite in feminist terms the opinion of Justice Marco Aurélio in Extraordinary Appeal 1,058,333 (theme No. 973) of the Supreme Federal Court within the project of feminist rewriting of judicial decisions. The judgment under analysis discussed the possibility of a pregnant candidate rescheduling the physical aptitude test in a public selection process for Military Police Officers from the Paraná State due to pregnancy, contrary to the express provision of the selection process announcement. Although the thesis in favor of the female gender prevailed in the appeal judgment, the opinion under rewrite presents a series of problematic and potentially sexist arguments. Thus, the aim is to adapt the opinion under rewrite to the premises of feminist theory.

KEYWORDS: Feminist theory; Brazilian Federal Supreme Court; public selection process; pregnancy; theme No. 973.

1. INTRODUÇÃO

Deve-se destacar a importante contribuição da professora Ela Wiecko de Castilho para a origem deste artigo pois, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, no período letivo 2021.2, ofereceu a disciplina Tópicos Especiais Avançados 1, inserida no Projeto “Reescrevendo decisões jurídicas em perspectivas feministas”. Nesta disciplina, buscou-se exercitar o pensamento crítico feminista a partir da metodologia de reescrita das professoras Rosemary Hunter, Clare McGlynn e Erika Rackley. Além da leitura de textos relacionados à temática, bem como apresentação de seminários, cada estudante pôde fazer uma análise de uma decisão relacionada à sua área de pesquisa e compartilhar com a turma os pontos problemáticos, reforçadores de estereótipos de gênero, além de omissões reiteradas sobre importantes questões de gênero que foram invisibilizadas pelos juízos de origem.

Fundamental ressaltar que o acórdão analisado se enquadra na perspectiva do que se entende, pelos autores, por precedentes judiciais²⁰, de modo que, muito mais do que a análise de um julgado singular, estaremos a escrutinar a presença (ou a ausência) de perspectiva de gênero na *ratio decidendi* da formação de acórdãos que serão utilizados para julgamento de diversas demandas com fundamentos fáticos idênticos ou similares.

Trata-se de ponto crucial, na medida em que a racionalidade do sistema jurídico pressupõe o respeito pelas decisões das Cortes Superiores, sendo imperiosa a preocupação dos julgadores com a unidade do Poder Judiciário, o que além de conferir celeridade e eficiência ao sistema, garante o respeito da isonomia entre os jurisdicionados. É, portanto, “indispensável que os jurisdicionados tenham mínimas condições de previsibilidade sobre o julgamento das

causas e não se sintam apostadores em uma banca lotérica judicial” (Cambi; Hellman, 2014, p. 6).

Registre-se que o próprio conceito de acesso à justiça necessita para existir, além do acesso formal ao sistema jurídico, a existência de mecanismos que produzam resultados individuais e sociais justos, o que pressupõe a existência de um sistema de precedentes organizado e atento às particularidades que o caso concreto exigir, em especial a realidade cultural onde é aplicado.

2. RESUMO DO CASO ORIGINAL

O acórdão analisado é o Recurso Extraordinário n.º 1.058.333, Tema n.º 973, com Repercussão Geral Reconhecida, julgado em 21 de novembro de 2018, tendo como Relator o Ministro Luiz Fux.

Trata-se de um recurso interposto pelo Estado do Paraná contra um acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná que, em um concurso público para provimento de cargo de policial militar do Estado, manteve a sentença que concedeu a segurança pleiteada pela candidata E. B., gestante de 24 semanas, para que pudessem realizar o teste físico em momento posterior à sua gravidez.

Para o Estado, havia violação ao princípio da igualdade, na medida em que o edital estabelecia que não haveria segunda chamada em qualquer fase do certame, independentemente do motivo alegado e que a reserva de vaga violava a continuidade do serviço público.

Participaram da votação os ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Marco Aurélio, sendo o ministro Toffoli o Presidente.

O recurso foi desprovido, sendo vencido o Ministro Marco Aurélio, cujo voto sustentou

que o edital de concurso deve ser soberano e que todos os candidatos e candidatas assim o sabiam quando se inscreveram para o certame, o que inviabiliza a remarcação de provas por qualquer motivo. De acordo com os votos vencedores, foi fixada a seguinte tese: “É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público”.

3. OBJETO DA REESCRITA E METODOLOGIA

No sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF), os parâmetros de pesquisa envolveram a busca por precedentes judiciais, ou seja, julgamento de recursos extraordinários pelo Tribunal Pleno, cujos acórdãos tivessem o trânsito em julgado certificado, onde fosse possível identificar as palavras gênero e mulheres. Assim, foram encontrados apenas nove acórdãos, o que indica que não há publicação de todos os recursos julgados pela Suprema Corte, em prejuízo à transparência e de forma bastante prejudicial à realização de pesquisas acadêmicas. Mesmo nos acórdãos publicados, verificou-se que não há acesso ao inteiro teor dos autos, não sendo possível analisar, na maioria dos casos, questões como a forma de representação processual das partes, se por advogado particular ou defensoria pública, se a parte era hipossuficiente, dentre outras características relevantes para uma análise interseccional, com identificação de marcadores sociais relevantes como raça, idade e orientação sexual.

Feitas tais considerações, foi escolhido o acórdão já mencionado por abordar o princípio da igualdade de acesso a cargos públicos, sendo que no caso verifica-se uma argumentação do recorrente no sentido de impedir que a mulher participasse regularmente do concurso público pelo simples fato de estar gestante e,

ainda, pela necessidade de problematização sobre as questões de gênero que perpassam o cerne da demanda.

A reescrita tem como objeto apenas o voto do Ministro Marco Aurélio, que foi o único divergente e trouxe, em sua decisão, considerações deveras problemáticas e que merecem ser pontuadas, especialmente ao se considerar a importância de um ministro de uma Corte Suprema. Corte que, além de detentora da última palavra sobre questões constitucionais, também possui papel central no reconhecimento e concretização de direitos fundamentais.

Considerando não se tratar de um voto muito extenso e cuja leitura permite melhor a compreensão das críticas aqui trazidas, traremos sua integral transcrição:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, tudo muito bonito, mas estava aqui a questionar-me onde o cioso Estado do Paraná teria claudicado, teria errado.

Presto um esclarecimento: na minha vida de Juiz, que já é um pouco longa, sempre busco a coerência e reconheço que fiquei vencido no julgamento, sob o ângulo da repercussão geral, referido inclusive quanto ao empréstimo desse instituto ao processo – processo revelador de recurso interposto em data anterior à regulamentação do instituto – o da repercussão geral. Fiquei vencido no caso.

E não será hoje que partirei para a via trilha da incoerência para assunção de postura conflitante com o que sustentei no voto isolado no Plenário, quando do exame do recurso extraordinário aludido, Tema n.º 335, ou seja, o de n.º 630.733.

Por que divergi naquele caso? Porque defrontei-me com situação jurídica a revelar força maior, na espécie caso fortuito – doença que acometera ou da qual fora acometido o candidato. E, no tocante a ele,

negou-se a possibilidade de uma segunda época na prova de esforço.

Ressaltei no voto – e pedi o voto para lembrar-me dos parâmetros, das premissas lançadas – que devemos apreciar a situação caso a caso, tendo em conta as peculiaridades do processo. Processo possui balizas. Processo revela relação subjetiva quanto aos envolvidos e relação objetiva. Há valores que precisam ser sopesados. Não cabe simplesmente empunhar a bandeira, como disse inicialmente no voto, do belo, e imaginar até mesmo – o que não imagino – a prática de discriminação pelo Estado do Paraná.

Reconheço que é um projeto muito ousado inscrever-se em um concurso público para a Polícia Militar e, ao mesmo tempo, engravidar, e uma gravidez – penso, presumindo o que normalmente ocorre – querida, uma gravidez buscada.

Não se trata daquela situação que se mostrou – sob a minha óptica – mais favorável para admitir-se a segunda época, na prova de esforço, em que envolvida força maior, na espécie caso fortuito, já que, como costume denominar, a deformidade sublime – não cogito de aleijão –, deformidade porque a mulher fica fisicamente alterada ante a gravidez, e sublime porque porta um ser. A gravidez não é uma doença e assim não pode ser tomada como a configurar força maior e, portanto, caso fortuito.

No precedente, a maioria, a sempre douta maioria – e toda vez que fico vencido, principalmente de forma isolada, questiono-me sobre o acerto ou desacerto da óptica revelada – proclamou, na dicção do Relator do recurso extraordinário n.º 630.733/DF:

"Recurso Extraordinário. 2. Remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de problema temporário" – admitiu o problema – "de saúde. 3. Vedação expressa em edital" – e eu vou

chegar no caso concreto, a lei do certame, do concurso, que é o edital – "Constitucionalidade. 4. Violação ao princípio da isonomia" – e eu perguntaria: quantos e quantos, marchando como se deve marchar quando se visa um cargo público, observaram o edital? E acometidos de doenças sequer pretenderam a remarcação? Continua a ementa do acórdão – "Violação do princípio da isonomia. Não ocorrência" – aí é uma discriminação inversa, mas em se tratando da mulher, há de se estabelecer a exceção, principalmente a mulher grávida – "Postulado do qual não decorre, de plano, a possibilidade de realização de segunda chamada em etapa de concurso público em virtude de situações pessoais do candidato. Cláusula editalícia que confere eficácia ao princípio da isonomia" – e devemos tratar igualmente homens e mulheres, e não concebo a discriminação, considerado o homem e, com maior razão, considerada a mulher – "à luz dos postulados da impessoalidade" – e Administração Pública está submetida ao princípio da legalidade estrita e à impessoalidade – "e da supremacia do interesse público. 5. Inexistência de direito constitucional à remarcação de provas em razão de circunstâncias pessoais" – e a gravidez é uma circunstância pessoal – "dos candidatos. 6. Segurança jurídica. Validade das provas de segunda chamada realizadas até a data da conclusão do julgamento. 7. Recurso Extraordinário a que se nega provimento."

No caso concreto, o edital mostrou-se claro na vedação a uma segunda prova, inclusive a de esforço. A gravidez, reafirmo, não é imprevisível. Dizer-se que se deve desconhecer a tese fixada sob o ângulo da repercussão geral, no precedente ao qual me referi, no extraordinário de n.º 630.733, a pretexto de agasalhar-se esse fato, a gravidez é um passo, para mim, demasiadamente largo, que não dou.

Tem-se mais: qual foi a ação ajuizada para lograr-se a remarcação? Uma ação que tem, como primeira

condição, direito líquido e certo: o mandado de segurança. Reconheceu-se a presença desse direito líquido e certo, contrariando-se o que aponte como lei do certame, ou seja, o edital, que obriga indistintamente a Administração Pública e aqueles que se apresentam para concorrer, objetivando a ocupação do cargo visado pelo concurso.

Ante esse contexto, não tenho como concluir que a decisão prolatada se afina com a Constituição Federal – no que impõe o tratamento isonômico, pouco importando o gênero –, no que submete a Administração Pública ao princípio da legalidade estrita. E o edital é claríssimo, a obstaculizar – e todos os candidatos ficaram alertados quanto a isso – a remarcação das provas.

Presidente, diz-se – não me lembro de quem é a frase, mas, penso que é de Machado Guimarães – que há mais coragem em ser justo parecendo injusto, do que em ser injusto para salvaguardar as aparências, simples aparências, da Justiça.

Sem incoerência, considerado o voto isolado no precedente que diz da impossibilidade, ante o edital, de remarcar-se as provas, precedente formalizado sob o ângulo da repercussão geral em 2013, provejo o recurso interposto pelo Estado do Paraná. E digo que sou um grande admirador do sexo oposto.

É evidente, no trecho, a redução da mulher, vista como oportunista e aproveitadora. Essa caracterização depreciativa torna o voto do Ministro descontextualizado e discriminatório. O argumento da igualdade é utilizado como fundamento de invalidação de um direito para o gênero feminino e relacionado apenas ao livre arbítrio da mulher em, supostamente, engravidar se e quando quiser. O que não se diz de forma direta, mas que pode ser compreendido da linha argumentativa adotada, é que a igualdade depende da vontade subjetiva da mulher, basta não engravidar e ela atinge por

meios próprios a igualdade com o gênero masculino. Se a mulher, por vontade própria, livre e consciente, opta por engravidar, significa que ela está voluntariamente abrindo mão da sua possibilidade de ser igual, razão pela qual merece ser tratada de forma discriminatória pelo Estado.

Dentre os diversos trechos problemáticos do voto, primeiramente se destaca a linha argumentativa de que a gravidez é um projeto buscado pela mulher e que não é um fato imprevisível. Esta argumentação se revela com falhas nos dois opostos, seja o da gravidez como projeto buscado, seja o da gravidez como fato imprevisível. O primeiro aspecto é equivocado, porque coloca toda responsabilidade do planejamento familiar sobre os ombros da mulher, ignorando o fato de que, em casais mais equânimes em termos de relações de gênero a decisão de se e quando ter filhos é fruto de um diálogo do casal e decorre de uma série de circunstâncias subjetivas e objetivas e, em casais onde as relações são mais marcadas pelo patriarcalismo, a decisão do momento da gravidez é, quando menos, imposta à mulher pelo homem. Além disso, o argumento da gravidez como algo imprevisível ignora os fatos, na medida em que se sabe que nenhum método contraceptivo é imune a falhas, sendo conhecimento de senso comum a quantidade de filhos não planejados, seja em casais ou fora deles.

Outra expressão digna de análise mais pormenorizada é a equiparação da gravidez a uma "deformidade sublime". Esta metáfora alude, primeiramente, a uma forma ideal da mulher (não grávida) sua condição "normal", que seria corrompida pela circunstância da gravidez, em que pese seja uma corrupção sublime. Mais uma vez, é impossível fugir da comparação entre os gêneros, haja vista que o gênero masculino tem a possibilidade de participar da reprodução biológica sem alterar a

sua forma original, ou seja, sem deformar-se.

Por fim, necessário debruçar-se sobre a afirmação de ser, o Ministro, um "grande admirador do sexo oposto". Se a argumentação proposta escamoteia o fato de o objeto do recurso ter uma questão de gênero subjacente e, na verdade, se propõe uma igualdade formal entre os gêneros em um assunto em que há faticamente uma desigualdade material – ou seja, a circunstância que mulheres engravidam e homens não –, qual seria o propósito da reafirmação da admiração do gênero oposto senão uma espécie de concessão, de condescendência com o gênero que experimenta as maiores dificuldades de competição social, notadamente nos certames públicos?

Embora sejam posicionamentos isolados de um dos ministros do STF, cabe à Corte Constitucional garantir a proteção e acolhimento de grupos socialmente oprimidos e, em especial, não se valer de discursos que legitimam uma desigualdade de gênero e naturalizam opressões sistemáticas, tanto no âmbito público quanto privado.

Inclusive, impende destacar que antes do início da análise do mérito do recurso propriamente dito, a Corte entendeu necessária a realização de um *distinguishing* em relação ao Tema n.º 335 (RE n.º 630.733). No Tema n.º 335 a Corte fixou a tese que problemas temporários de saúde ou circunstâncias pessoais dos candidatos não são aptos a justificar remarcação de etapas de concurso público, salvo se o edital do certame dispuser em contrário. Não obstante se compreendam, por motivos de manejo das adequadas técnicas de controle de constitucionalidade, as razões da necessidade deste *distinguishing*, para fins de criação de uma nova tese jurídica baseada em circunstâncias fáticas completamente distintas, o simples fato de o julgado ter de iniciar separando os conceitos de gravidez e doença já diz muito sobre o estado da arte da jurisprudência acerca

de questões de gênero. *Contrario sensu*, se há necessidade de diferenciação entre os conceitos de gravidez e doença, isso significa que a distinção não é óbvia ou tampouco auto-evidente, seja aos olhos da sociedade em geral, seja aos olhos da mais alta Corte de justiça do país.

A necessidade de tratamento adequado a tais circunstâncias, da mesma forma que foi tratada nos tribunais, não passou despercebida ao legislador. No mesmo ano da lavratura do acórdão objeto da reescrita foi proposto no Senado Federal o Projeto de Lei (PLS) n.º 83/2018, que em seu art. 2º propunha a possibilidade de remarcação de testes físicos em concursos públicos na hipótese de candidatas grávidas, independentemente da data de início da gravidez²¹. Infelizmente, o mencionado PLS foi enviado à Câmara dos Deputados em 2019 e, até o ano de 2024, lá permanece em tramitação.

Quando os estereótipos de gênero deixam o mundo do senso comum e adentram os processos judiciais, a partir da visão de mundo dos julgadores, bem como dos demais atores do processo ou de fases anteriores (Polícia, Ministério Público, Advogados) não é difícil imaginar as consequências nefastas que dessa situação advêm. Quando os magistrados julgam com base em estereótipos de gênero, tendem a interpretar a partir de um ponto de vista negativo os fatos e as leis aplicáveis à causa, substituindo-os por suas opiniões preconcebidas e seus valores pessoais inerentes à sua visão de mundo, comprometendo, em última análise, até mesmo a sua imparcialidade como julgador (Tavares, 2019)

Segundo Ela Wiecko e Carmen Hein (2018), a partir da teoria metodológica do ponto de vista de Katherine Bartlett, é necessário, por parte dos atores do sistema de justiça, a adoção da perspectiva de gênero em sua atuação prática profissional, que consiste em sempre tomar em consideração às questões de

gênero nos impactos da aplicação do direito em determinado caso concreto. Além disso, é necessário se afastar de regras e pressupostos universalizantes, ancorados em normas pretensamente neutras que colocam as mulheres em situação de desvantagem.

Para Bartlett, esta atuação profissional com perspectiva de gênero deve ser realizada com o seguinte método:

(1) identificar e desafiar a doutrina jurídica que deixa de fora uma desvantagem para as mulheres e membros de outros grupos excluídos (fazer a “pergunta da mulher”); (2) raciocinar a partir de um ideal em que a resolução jurídica seja uma resposta pragmática a dilemas concretos, em vez de escolhas estáticas entre perspectivas opostas, muitas vezes incompatíveis (raciocínio prático feminista); e (3) buscar insights e perspectivas aprimoradas por meio de engajamentos colaborativos ou interativos com outros, com base em experiências e narrativas pessoais (conscientização) (Bartlett, 2020).

Para a autora, a “pergunta pela mulher” objetiva desvelar aspectos do direito que, não obstante se escondam sob o manto da neutralidade e objetividade, são profundamente masculinos em sua essência e com objetivos não declarados. A pergunta pela mulher deve funcionar tanto como método jurídico de interpretação e aplicação do direito quanto como fundamento de luta política da “advocacy” feminista dentro do direito. Fundamental ressaltar que, embora a pergunta pela mulher sempre deva ser feita, uma vez que funciona como método, nem sempre trará como consequência um resultado de julgamento necessariamente favorável aos interesses das mulheres, mas que a sua perspectiva tenha sido considerada de forma prévia (Bartlett, 2020).

Fundamental ressaltar que, não obstante o método se intitule “pergunta pela mulher”, não há a pretensão epistemológica de abarcar o

interesse de todas as mulheres sem tomar em consideração a sua raça, a sua classe social ou a sua sexualidade. Sempre que possível, a pergunta pela mulher deve atender para os diferentes interesses subjacentes à categoria de “mulher” e zelar para que os interesses dos subgrupos mais subalternos do gênero feminino sejam contemplados com prioridade. Além disto, parte do método se fundamenta em uma particular desconfiança da utilização de sujeitos demasiado universais como “sociedade” ou “comunidade”, pois é exatamente quando tais entes coletivos são utilizados como fundamento argumentativo é que as decisões estão beneficiando o gênero masculino, utilizando-se dessas categorias como escudos argumentativos que ocultam seus reais objetivos (Bartlett, 2020).

Ainda, segundo Bartlett (2020), a verdade obtida em um processo é sempre posicional, uma vez que cada intérprete e julgador atuará a partir de seu sistema coletivo-individual de verdades no mundo para exercer seu juízo e tomar as suas decisões. Assim, as mulheres, em virtude de sua particular posição de subalternidade, conseguem ter uma percepção distinta se comparadas a outros atores sociais quando ocupam o mesmo lugar.

Desta feita, acreditamos que a reescrita do voto dissidente do Min. Marco Aurélio, embora não seja um voto extenso, tampouco vitorioso, mostra-se apta a possibilitar uma vasta gama de reflexões acerca de diversos temas atinentes à justiça de gênero. No voto original, tais temas foram tratados de uma forma absolutamente inadequada, utilizando-se da igualdade formal de modo abstrato de modo a prejudicar os direitos do gênero feminino. É exatamente o que o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ busca evitar, recomendando que tal uso espúrio da noção de igualdade formal não seja feito por nenhum julgador, quanto mais por um ministro da mais

alta corte do país (CNJ, 2021).

4. O VOTO REESCRITO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, tudo muito bonito, mas estava aqui a questionar-me qual a necessidade do cioso Estado do Paraná recorrer da decisão das instâncias inferiores que, tão acertadamente, julgaram o feito e concederam o direito à gestante, atendendo os ditames constitucionais de igualdade.

Presto um esclarecimento: na minha vida de Juiz, que já é um pouco longa, sempre busco a coerência e reconheço que fiquei vencido no julgamento, sob o ângulo da repercussão geral, referido inclusive quanto ao empréstimo desse instituto ao processo – processo revelador de recurso interposto em data anterior à regulamentação do instituto – o da repercussão geral. Fiquei vencido no caso.

Entretanto, sabedor que sou da necessidade de alteração de entendimentos pessoais quando confrontado com novos argumentos, penso ser necessário rever o posicionamento adotado quando do exame do Recurso Extraordinário aludido, Tema n.º 335, ou seja, o de n.º 630.733.

Por que divergi naquele caso? Porque defrontei-me com situação jurídica a revelar força maior, na espécie caso fortuito – doença que acometera ou da qual fora acometido o candidato. E, no tocante a ele, ressalvado o meu entendimento vencido, negou-se a possibilidade de uma segunda época na prova de esforço. Entretanto, considerando que, no caso em comento, o objeto do processo é um estado gravídico, e não uma doença, esta circunstância, com muito mais razão, autoriza a corte a proferir julgamento diverso, em razão dos valores constitucionais envolvidos, como a proteção à maternidade e o direito das mulheres de competirem em posição de igualdade em

todas as esferas da sociedade, inclusive em concursos públicos.

Ressaltei no voto – e pedi o voto para me lembrar dos parâmetros, das premissas lançadas – que devemos apreciar a situação caso a caso, tendo em conta as peculiaridades do processo. Processo possui balizas. Processo revela relação subjetiva quanto aos envolvidos e relação objetiva. Há valores que precisam ser sopesados. É necessário perquirir o que motiva um Estado da federação a trazer esta causa perante o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de excluir uma candidata do concurso público da Polícia Militar, única e exclusivamente porque ela se apresentava em estado de gravidez quando da realização do teste de aptidão física e que, segundo consta do recurso, esta circunstância e a possibilidade de realização do teste físico em outro momento constituiriam uma “vantagem indevida” da candidata em relação aos demais.

Nesta quadra da história, mostra-se absolutamente indispensável que todos os atores do sistema judicial, em particular os tribunais de vértice, sejam conhecedores e aplicadores dos postulados do feminismo jurídico, de forma a atender, de forma plena, os comandos de igualdade constitucional, compreendendo as teorias feministas do Direito:

Conceitualmente, pode-se dizer que o feminismo jurídico corresponde a um conjunto de críticas, teorizações, proposições metodológicas e atividades práticas desenvolvidas por juristas feministas em face do fenômeno jurídico, dentro ou fora do sistema de justiça. A proposta central deste tipo de feminismo é desenvolver reflexões e sobretudo ações que promovam transformações radicais no âmbito das normas, discursos e práticas jurídicas, tendo como foco a obtenção da igualdade de gênero. O ponto de partida do feminismo jurídico é a percepção do caráter androcêntrico, porém cada vez mais ambíguo e enviesado, do direito, identificado

como produto das sociedades patriarcais (Silva, 2018, p. 90)

O que se busca aqui, sobremaneira, são decisões judiciais sensíveis às “questões de gênero”, em um primeiro momento para identificá-las e, posteriormente, capazes para fornecer o tratamento juridicamente adequado que o caso concreto requer. Para esse mister, seguimos no voto a metodologia descrita por Silva (2018), que postula as seguintes etapas de análise: a) identificar a desigualdade de gênero; b) verificar se há no texto legal sob análise objetivos sexistas, manifestos ou velados; c) perceber qual a mulher que é potencialmente âmbito de incidência de tal texto normativo; d) verificar qual o estereótipo de gênero que a norma se refere, a “mulher-mãe”, a “mulher-amante”, a “mulher-do lar”; e) analisar o texto legal sob escrutínio na sua relação com as demais normas jurídicas atinentes ao tema e; f) coletivizar a noção sexista do texto legal, fazendo um julgamento de acordo com estes postulados.

Os julgadores, notadamente os que ocupam posições privilegiadas no sistema judicial, devem sempre estar atentos às formas de desenvolvimento das relações sociais de gênero de forma a conduzir, de forma tão consentânea quanto seja possível, que estas mudanças sociais se reflitam no modo como as normas jurídicas evoluem na sua interpretação e aplicação. Quanto a esse movimento, essencial o argumento elaborado por Reva Siegel:

Se prestarmos atenção a esses caminhos de significado, raciocinaremos sobre muitos aspectos da relação direito/sociedade de forma diferente, incluindo maneiras pelas quais a lei muda. Para determinar como a lei muda, poderíamos simplesmente consultar as contas oficiais do sistema jurídico e examinar a conduta daqueles formalmente autorizados a interpretar e fazer cumprir a lei; mas o

relato que esta investigação irá gerar é, na melhor das hipóteses, parcial. Podemos complementá-la olhando além do relato do próprio sistema jurídico sobre legislação para a cultura jurídica – a rede de entendimentos e práticas em que as instituições jurídicas de uma sociedade estão inseridas. Os entendimentos e práticas que apoiam as instituições jurídicas de uma sociedade são dispersos, envolvendo uma ampla gama de atores sociais em uma ampla gama de contextos. Tais entendimentos e práticas podem não ser “lei” ou “normas jurídicas” de acordo com os próprios critérios formais do sistema jurídico, mas eles desempenham um papel regular nas operações do sistema jurídico e, portanto, devem ser consideradas se quisermos compreender como funciona o direito. Por cultura jurídica, então, refiro-me aos entendimentos e práticas que dar forma ao sistema jurídico de uma sociedade, incluindo, mas não limitado aos procedimentos formais que os designa como legais (Siegel, 2001, p. 318, tradução nossa²²).

Aplicando esses postulados ao caso concreto, reconheço que é um projeto deveras desafiador inscrever-se em um concurso público para a Polícia Militar na condição de mulher, sabendo, ou ao menos, podendo de alguma forma prever, todas as dificuldades que virão, seja na etapa do concurso público ou após assumir um cargo, sendo de conhecimento de todos as dificuldades que são inerentes à vida militar; dificuldades essas que são severamente incrementadas quando a ocupante do cargo é mulher, haja vista necessidade de observância da hierarquia e da disciplina e a presença muito grande de valores masculinos que permeiam a instituição. Além disso, o ofício exige a constante disponibilidade para o trabalho de vinte e quatro horas por dia, muitas vezes acompanhadas de longos plantões diurnos e noturnos, bem como remoções frequentes de cidades que envolvem o deslocamento do marido e filhos.

Como é sabido por todos, a gravidez não é uma doença e assim não pode ser tomada como a hipótese de força maior e, portanto, caso fortuito. A sociedade, enquanto coletividade organizada, tem o dever de valorar de forma positiva, e estimular tanto quanto possível, os atos de perpetuação do ser humano como espécie. Desta feita, considerando todas as dificuldades que a gravidez impõe às mulheres, antes, durante e depois, notadamente no seu aspecto físico, uma vez que o objeto da presente demanda é a realização de teste de esforço físico, é fundamental que nos voltemos para os valores mais arraigados de justiça e igualdade, proclamados na nossa Constituição da República. Prestigiando tais valores, alcançaremos um nível de compreensão que nos permita concluir que o ônus da manutenção do ser humano enquanto espécie não pode recair única e exclusivamente sobre as mulheres, devendo ser distribuído pela sociedade como um todo, da forma mais equitativa que seja possível.

No precedente, outrora mencionado, a maioria – a sempre douta maioria – proclamou, na dicção do Relator do Recurso Extraordinário n.º 630.733/DF ser impossível a remarcação de etapas de concurso público mesmo em caso de doenças que acometem os candidatos.

No caso concreto, não se nega, o edital mostrou-se claro na vedação a uma segunda prova, inclusive a de esforço. Seja em situações de gravidez não planejada, seja nos casos em que ela decorre de um estrito seguimento de planejamento familiar, o Estado tem o dever de envidar todos os esforços possíveis para a sua execução. Além disso, mesmo nos casos de gravidez desejada, é certo que muito mais reflexão se exige da mulher que opta, ante todas as adversidades, engravidar, pois é sabedora de todas as consequências que advirão.

Diante deste panorama, é necessário que a sociedade reparta os custos de sua

própria reprodução de um modo um pouco mais igualitário entre os gêneros, o que, às vezes, significa sobrepujar uma regra de um edital de concurso de forma a garantir a efetividade dos comandos constitucionais de igualdade e justiça. Impende ressaltar que, ainda que o direito e a sociedade como um todo se empenhem nesse mister, por imposições de natureza biológica, a mulher sempre arcará com maior parte destes ônus de forma inarredável.

Além do mais todo o processo de gravidez, desde a sua descoberta, o período dos nove meses subsequentes, o parto e o estado puerperal trazem para a mulher uma significativa mudança nos seus hormônios e no seu estado psíquico, sendo certo que a sua capacidade física para a realização de um teste de aptidão fica severamente comprometida e todos que se debruçaram minimamente sobre o assunto, em alguma outra oportunidade, sabem que tal teste é responsável por inúmeras reprovações de candidatos e candidatas que não possuem nenhuma intercorrência corporal apta a minorar o seu desempenho.

Em um país com enorme desigualdade de gênero como o Brasil, em que na iniciativa privada as mulheres, mesmo com maior escolaridade, recebem remuneração significativamente menor do que os homens para exercerem as mesmas funções, é natural que o concurso público seja uma das principais formas de ascensão social disponíveis para as camadas menos abastadas da sociedade, que, por meio do labor e de árduos estudos, conseguem obter uma remuneração digna e uma posição social elevada, razão pela qual a Suprema Corte deve zelar para que ambos os gêneros sejam tratados de forma igualitária, na exata medida de suas desigualdades, para lembrar Aristóteles.

A ação utilizada pela candidata para impugnar a sua indevida exclusão do certame, que foi um dos pontos objeto de inconformismo

do recorrente, foi o mandado de segurança que, como se sabe, exige a presença de direito líquido e certo, mesmo ante expressa previsão em contrário do edital do concurso. Ainda que esse novel entendimento possa causar espécie à doutrina mais tradicional, forçoso se reconhecer que uma previsão editalícia que contraria a Constituição Federal gera direito líquido e certo para ser juridicamente atacada pela via do mandado de segurança, razão pela qual o seu deferimento pelas vias ordinárias deve ser considerado correto.

Ante esse contexto, forçoso concluir que a decisão prolatada se afina com a Constituição Federal – no que impõe o tratamento isonômico, pouco importando o gênero –, no que submete a Administração Pública ao princípio da legalidade estrita. E que, em circunstâncias extraordinárias – e defendemos que a gravidez

o é – uma previsão do edital pode ser sobrepujada pelos ditames constitucionais, de forma a restabelecer a justiça entre os gêneros.

Presidente, diz-se – não me lembro de quem é a frase, mas, penso que é de Machado Guimarães – que há mais coragem em ser justo parecendo injusto, do que em ser injusto para salvaguardar as aparências, simples aparências, da Justiça.

Modificando meu entendimento anterior e reconsiderado o voto isolado no precedente que diz da impossibilidade, ante o edital, de remarcar-se as provas, precedente formalizado sob o ângulo da repercussão geral em 2013, nego provimento ao recurso interposto pelo Estado do Paraná. E digo que sou um grande admirador do sexo oposto.

É como voto.

NOTAS DE RODAPÉ

¹⁷ Submetido em 09 fev. 2024. Aprovado em 27 jun. 2024.

¹⁸ Mestra em Direito pela Universidade de Brasília (UNB). Analista do MPU/Apoio Jurídico. Assessora Jurídica na Procuradoria Regional da República da 1ª Região. E-mail: tatacmariano@gmail.com. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/5539034425053978>.

¹⁹ Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. E-mail: otaviobinato@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5960427493873450>.

²⁰ Os autores adotam o conceito de precedente trazido por Marinoni (2019) e Mitidiero (2018), para os quais os precedentes não se confundem com decisões judiciais, sendo razões generalizáveis que podem ser identificadas em uma decisão judicial, com características específicas, como a aptidão de se tornar paradigma para decisões futuras, bem como a existência de uma solução judicial, proferida ao menos por maioria, sobre uma questão de direito. Ainda, adotamos a teoria de que apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes, embora as Cortes de Justiça tenham o dever de uniformizar a sua jurisprudência, bem como que as decisões proferidas em

sede de controle concentrado de constitucionalidade não formam precedentes, por não ser possível identificar uma situação fático-jurídica que será analisada, mas tão somente uma situação de análise abstrata da constitucionalidade de determinado ato normativo.

²¹ “Art. 2º Independentemente de previsão expressa no edital do concurso público, assiste à candidata gestante regularmente inscrita no certame o direito à realização das provas de aptidão física em data diversa da prevista. § 1º Para os efeitos do *caput* deste artigo, são irrelevantes: I – a data da gravidez, se prévia ou posterior à data de inscrição no concurso; II – o tempo de gravidez; III – a condição física e clínica da candidata; IV – a natureza do exame físico, o grau de esforço e o local de realização dos testes. § 2º A candidata que desejar a remarcação da prova física deverá comprovar documentalmente o estado de gravidez, por declaração de profissional médico ou clínica competente, devendo ser juntado exame laboratorial comprobatório. § 3º A comprovação da falsidade em qualquer dos documentos referidos no § 2º deste artigo sujeita a candidata, além das sanções cíveis e criminais cabíveis: I – à exclusão sumária do concurso público; II – ao ressarcimento, à entidade realizadora do concurso público, de todas as despesas havidas com a realização do exame de aptidão física remarcado; III – se já empossada ou em exercício, à anulação liminar do ato, com devolução de todos os valores recebidos. § 4º É assegurado à candidata gestante o direito de realizar, sob a própria responsabilidade, os testes de aptidão física nos locais e datas fixados no edital do concurso público”. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado n.º 83, de 2018. Regula a realização de testes de aptidão física por candidata gestante em concurso público. Autoria: Senador Fernando Bezerra Coelho (PMDB/PE). 2018, p. 2-3. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7642807&ts=1630414055068&disposition=inline>. Acesso em: 16 ago. 2024.

²² No original: “If we attend to these pathways of meaning, we will reason about many aspects of the law/society relationship differently, including the ways law changes. To determine how law changes, we might simply consult the legal system’s official self-accountings and examine the conduct of those formally authorized to interpret and to enforce law; but the account this inquiry will generate is partial at best. We can supplement it by looking beyond the legal system’s own account of lawmaking to legal culture—the network of understandings and practices in which a society’s legal institutions are embedded. The understandings and practices that support a society’s legal institutions are dispersed, involving a wide range of social actors in a wide range of contexts. Such understandings and practices may not be ‘law’ or ‘lawmaking’ according to the legal system’s own formal criteria, but they play a regular part in the operations of the legal system, and so should be considered if we want to understand how law functions. By legal culture, then, I refer to those understandings and practices that give shape to a society’s legal system, including but not limited to the formal procedures it designates as lawmaking”.

JULGADO OBJETO DA REESCRITA

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (12ª Câmara de Direito Criminal). Apelação Criminal n.º 0004749-08.2018.8.26.0462. Relator: Desembargador Heitor Donizete de Oliveira. São Paulo, SP, 20 de julho de 2023. **Diário da Justiça Eletrônico**, 20 jul. 2023.

BIBLIOGRAFIA

BARTLETT, Katharine T. Métodos jurídicos feministas. Tradução de Alessandra Ramos de Oliveira Harden, Adriana Moellmann e Isabela Marques Santos. In: SEVERI, Fabiana Cristina; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; MATOS, Myllena Calasans de. (org.). **Tecendo fios das críticas feministas ao direito no Brasil II: direitos humanos das mulheres e violências**. v. 1: os nós de ontem: textos produzidos entre os anos de 1980 e 2000. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020, p. 243-360.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 1.058.333**. Tema n.º 973. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 21/11/2018b. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5220068>. Acesso em: 20 abr. 2024.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisprudência—a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas. **Revista de Processo**, [S. l.], p. 349-366, 2014.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; CAMPOS, Carmen Hein de. Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero. **Revista brasileira de ciências criminais**, [S. l.], n. 146, p. 273-303, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Protocolo para Julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça (CNJ); Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), 2021. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 16 ago. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2018.

SILVA, Salete Maria da. Feminismo jurídico: uma introdução. **Cadernos de gênero e diversidade**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 83-102, 2018.

SIEGEL, Reva B. Text in context: gender and the constitution from a social movement perspective. **University of Pennsylvania Law Review**, [S. l.], v. 157, n. 297, p. 297-351, 2001.

TAVARES, Nelson Filipe Correia. **Justiça machista?** Uma análise sobre o estereótipo de gênero no seio das decisões judiciais. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019.

DESAFIANDO ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO E MANIFESTAÇÕES DA CULTURA DO ESTUPRO NA COMPREENSÃO JUDICIAL DO CONSENTIMENTO EM CRIMES SEXUAIS

Defying gender stereotypes and manifestations of rape culture in judicial
understanding of consent in sex crimes²³

Clarissa Campani Mainieri²⁴

Carmen Hein de Campos²⁵

RESUMO

O artigo, por meio de voto divergente, reescreve e discute decisão colegiada envolvendo delito de estupro, em concurso material com crime de roubo, proferida pela 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. A decisão, publicada em 15 de dezembro de 2022, foi proferida nos autos da apelação criminal nº 5010303-65.2020.8.21.0021. A decisão escolhida, ao absolver o acusado, entendeu (a) serem insuficientes as provas produzidas, que não permitiam afirmar que os fatos ocorreram na forma descrita na denúncia; (b) ser possível a hipótese de falsa acusação sustentada pelo acusado, considerando a existência de inconsistências nos relatos da sobrevivente, especialmente quanto à existência de prévia relação entre ela e o agressor; (c) serem insuficientes as provas quanto ao constrangimento do agressor à prática do ato sexual, não sendo as perícias técnicas (que constatarem a violência empregada no ato e a compatibilidade do DNA do réu com aquele coletado na vítima) suficientes para assim comprovar, pela possibilidade de que ambos se conhecessem previamente. A reescrita discute estereótipos de gênero muito comuns em crimes de estupro e a tolerância estatal à violência sexual contra mulheres e a influência da cultura do estupro na compreensão deste crime. Por meio da epistemologia jurídica, revisitam-se objetivamente as provas produzidas, demonstrando-se a possibilidade de uma decisão diferente, que não comprometa, de antemão, a credibilidade dos relatos da sobrevivente, tampouco viole os direitos do acusado.

PALAVRAS-CHAVE: Reescrita feminista; estupro; violência de gênero; epistemologia jurídica.

ABSTRACT

The article, through a dissenting opinion, rewrites and discusses a collegial decision involving a rape crime, in material concurrence with the crime of robbery, issued by the 6th Criminal Chamber of the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul.

The decision, published on December 15, 2022, was issued in the criminal appeal case No. 5010303-65.2020.8.21.0021. The chosen decision, in acquitting the accused, found (a) the evidence produced insufficient to assert that the events occurred as described in the indictment; (b) the possibility of a false accusation, as sustained by the accused, considering the inconsistencies in the survivor's accounts, especially regarding the existence of a prior relationship between her and the aggressor; (c) the evidence regarding the coercion of the aggressor to commit the sexual act insufficient, with technical examinations (which found the violence used in the act and the compatibility of the defendant's DNA with that collected from the victim) not being sufficient to prove it, due to the possibility that both knew each other beforehand. The rewritten discussion addresses, in addition to the common gender stereotypes in rape cases, the state's tolerance of sexual violence against women and the influence of a rape culture on the understanding of this crime. Through legal epistemology, the produced evidence is revisited objectively, demonstrating the possibility of a different decision that does not compromise, in advance, the credibility of the survivor's accounts, nor violate the rights of the accused.

KEYWORDS: Feminist rewriting; rape; gender violence; legal epistemology.

1. BREVE RESUMO DO CASO E DA DECISÃO SELECIONADA

O presente artigo analisa criticamente decisão colegiada envolvendo delito de estupro, em concurso material com crime de roubo, proferida pela 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. A decisão, publicada em 15 de dezembro de 2022²⁶, foi proferida nos autos da apelação criminal nº 5010303-65.2020.8.21.0021, de relatoria do Juiz de Direito Convocado Paulo Augusto Oliveira Irion, em julgamento composto pela Des. Bernardete Coutinho Friedrich e pelo Des. João Batista Marques Tovo.

No julgado, decidido à unanimidade, foi negado provimento ao apelo ministerial, para manter a decisão singular que absolveu o réu J.A. pela prática dos crimes que lhe foram imputados (estupro e roubo, em concurso material)²⁷, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal²⁸.

Conforme consta na denúncia²⁹, no dia 13 de setembro de 2020, por volta da 00h30min, em Passo Fundo/RS, o réu J. A. constrangeu a

sobrevivente³⁰ M. D., pessoa maior de 60 anos, com emprego de violência (imobilização), a ter, por duas vezes, conjunção carnal. Na oportunidade, e em relação ao crime de estupro (1º fato), o acusado, aproveitando que a M. D. morava sozinha e utilizando-se de sua superioridade física, invadiu a residência e a constrangeu à prática do ato sexual, por duas vezes, agredindo-a com socos na cabeça e mordidas pelo corpo. Na sequência, o acusado teria subtraído o telefone celular da sobrevivente e empreendido fuga do local (2º fato) (Rio Grande do Sul, 2022).

Durante a instrução, procedeu-se à oitiva da sobrevivente e de duas testemunhas (sua filha e seu ex-genro), bem como ao interrogatório do réu. Além da prova oral, foi produzida prova pericial para constatação da violência sexual, a qual está expressamente mencionada na denúncia. Como a decisão que selecionamos foi encontrada dentre outras componentes de amostra analisada por uma das autoras em sua pesquisa de mestrado, obtivemos acesso (devidamente autorizado³¹) também ao processo e ao laudo pericial.

Conforme assinalou o perito, no exame realizado constatou-se que a sobrevivente apresentava “esquimose arroxeadada de 1,0x2,0cm na região deltoideana anterior esquerda. Uma escoriação superficial de pele de 3.0x0,1cm no mento”. E segue o perito: “mucosa vulvo-vaginal apresentando uma laceração na porção posterior do introito vaginal, profunda, associada a equimoses arroxeadas e edema da mucosa local”. Ao responder aos quesitos formulados, o perito reafirmou a existência de laceração, equimoses e edema em introito vaginal, concluindo que o ato sexual fora praticado mediante violência (Rio Grande do Sul, 2022).

Frente ao conjunto probatório ora referido, a absolvição foi justificada pelos seguintes fundamentos (Rio Grande do Sul, 2022):

1. Insuficiência das provas produzidas para a formação do juízo de certeza necessária a um decreto condenatório, especialmente considerando que “[...] tais provas devem ser irrefutáveis, inequívocas, não podendo ficar em sede de indícios ou ilações retiradas do subjetivismo de quem investiga ou acusa”. Consta na decisão de 1º grau (transcrita na integralidade e adotada pelo órgão fracionário como razões de decidir) que “[o]s indícios são realmente fortes, ao passo em que os contraíndícios também possuem esse atributo”. Sobre o delito de roubo, também foi apontado que a testemunha, que admitiu (em sede de inquérito) ter comprado do réu o celular subtraído da sobrevivente, não foi reinquirida em juízo. Ademais, segundo a decisão, a ausência de levantamento ou mesmo averiguações no local do crime impediria afirmar, com certeza, como se

deu a entrada do réu no local³²;

2. A existência de inconsistências nos relatos da vítima e a possibilidade de se tratar de falsa imputação. Assim constou: “[...] não há como desconsiderar a hipótese de que se trate de uma falsa acusação feita pela vítima contra o apelado, uma vez que o conjunto probatório que consta nos autos – e principalmente os depoimentos das testemunhas – não permitem afirmar que os fatos aconteceram”. Para a Corte, a falsa acusação se respaldaria, sobretudo, “no fato de que a vítima aparentemente já conhecia o apelado antes do suposto cometimento do crime”, o que negou ao ser ouvida em juízo.

3. Haveria “inconsistência da palavra da vítima” e “divergências em relação ao suposto cometimento do delito”, quando comparadas suas declarações com as das demais testemunhas. Em razão disso, seria possível “vislumbrar a falta de linearidade e certeza necessárias” para comprovar a existência do fato e da autoria. Em relação ao delito de estupro, a inconsistência consistiria na possibilidade de que ambos se conhecessem previamente, o que a sobrevivente negou, conforme assinalou o juízo singular: “[...] há indicativos de que a ofendida já conhecia o [o réu] de fato, antes do ocorrido, o que, à primeira vista, ocultou, considerando o depoimento prestado por H. [ex-genro]³³”. Com relação ao delito de roubo, a inconsistência envolveria a alegação de violação da residência, pelo réu, por meio da quebra de uma madeira. O dano, segundo a sobrevivente, teria sido

consertado pelo ex-genro, o que a testemunha negou³⁴. Assim, "[...] diante das divergências apontadas, não há prova concreta de que o delito tenha ocorrido nos termos em que relatado na denúncia".

4. O constrangimento, por parte do réu, para a prática do ato sexual não estaria suficientemente provado, em razão das divergências nos relatos da vítima: "Para haver a configuração de delito de estupro, faz-se necessária a comprovação de que o réu, efetivamente, tenha constrangido a vítima. E a prova é frágil nos autos". Sobre a ausência de demonstração do constrangimento, referiu o juízo singular:

Ademais, a vítima realizou exames. O laudo indica que não foi constatado sinais de alienação ou debilidade mental da paciente, e embora constatado sinais de conjunção carnal recente e vestígios de violência, esta não foi especificada. Aliás, o exame comparativo de material genético indica compatibilidade com o DNA do réu, mas tão somente isso não demonstra o dissenso na prática do ato, pois segundo o acusado ambos possuíam uma relação.

Ao que parece, para os(as) julgadores(as), o laudo pericial constatando violência na conjunção carnal não seria suficiente para demonstrar a ocorrência do constrangimento, diante da possibilidade de que réu e vítima possuíssem relacionamento afetivo.

2. POR QUE REVISITAR A DECISÃO

A violência sexual é uma realidade na vida de mulheres e meninas, que são confrontadas cotidianamente pelo assédio

sexual, pela importunação sexual e pelo estupro. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) de 2022, na última década 583.156 pessoas, na maioria mulheres, foram estupradas³⁵ no Brasil. Apenas em 2021, foram 66.020 ocorrências policiais, o que representa um aumento de 4,2% em relação ao ano anterior (FBSP, 2022). Em 2022, houve uma explosão desta forma de violência no país, que contabilizou o maior número de registros da história, totalizando 74.930 vítimas³⁶ (FBSP, 2023, p. 153-154).

Os dados impressionam, especialmente considerando que a subnotificação é a regra nesta espécie de delito. Em 2023, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) divulgou comparativo entre dados armazenados nos sistemas nacionais sobre o fenômeno no ano de 2019. Pelo cruzamento dos dados³⁷, o estudo concluiu que apenas 8,5% dos casos de estupros chegam ao conhecimento da polícia, ao passo que só 4,2% são identificados pelos sistemas de informação da saúde. Partindo desses dados, chegou-se à conclusão de que "o limite inferior do número de estupros no país se situaria num patamar de 822 mil casos por ano, o que corresponderia à ocorrência de quase dois casos por minuto no Brasil" (Ferreira et al., 2023, p. 6). A realidade, portanto, é muito mais cruel com as mulheres.

Um dos fatores determinantes para a subnotificação é a adoção de um modelo masculino de compreensão do delito pela estrutura social patriarcal, que desconsidera a experiência das mulheres sobre o estupro (Brownmiller, 1979). Ao entendermos como estupro apenas aquilo que os homens assim consideram, não só impedimos que a experiência de abuso vivenciada por inúmeras mulheres sejam legalmente qualificadas como violência sexual, como também fechamos as portas do sistema de justiça para elas, que não acreditam que terão suas experiências compre-

endidas (Campos *et al.*, 2017).

A falta de perspectiva de gênero na compreensão do estupro naturaliza a violência, dado que a visão masculina de relação sexual está diretamente relacionada à pornografia e ao sexo violento que ela retrata. A partir daí, difunde-se a imagem de que a mulher gosta de ser violentada e constrói-se a socialmente a ideia de que as mulheres são objetos sexuais dos homens (MacKinnon, 1987). A imagem da relação sexual em uma cultura do estupro³⁸ está, então, intrinsecamente relacionada com o modelo da sexualidade do estupro, que encoraja e naturaliza o comportamento agressivo dos homens durante o ato. "Se não houve muita violência, não é estupro" (Campos *et al.*, 2017, p. 985). Com isso, as próprias mulheres acabam por questionar e desacreditar suas percepções a respeito da violência a qual são submetidas.

Essa cultura, quando institucionalizada, faz do sistema de justiça criminal um ambiente hostil e cruel às mulheres, que não só não são recebidas de forma adequada, como também são submetidas a toda sorte de revitimização, humilhação, descrédito e violência. A começar pelo fato de serem tratadas com desconfiança (Andrade, 2005), como uma "categoria suspeita", já que vigente a crença de serem capazes de mentir e acusar falsamente os abusadores, pelos mais variados motivos (Severi, 2016). Em razão disso, as sobreviventes são confrontadas constantemente com a necessidade de provar que não têm interesse na falsa acusação, situação verificada exclusivamente nesta espécie de delito (Pimentel; Schritzmeyer; Pandjarian, 1998, p. 57).

Estereótipos de gênero³⁹ (como o da mulher suspeita/mentirosa e o da mulher vingativa, presentes na decisão do caso escolhido) são um dos fatores identificados pelo Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) das

Nações Unidas (2015), que impedem as mulheres de verem efetivados seu direito de acesso à justiça. Segundo a Recomendação Geral n° 33 do Comitê, os estereótipos distorcem as percepções dos(as) julgadores(as), permitindo que a decisão se desvie dos fatos e seja conduzida por percepções, crenças e mitos preconcebidos. As consequências dessa influência se revelam mais profundas no sistema de justiça criminal, porque violam o direito à igualdade de proteção perante a lei e da lei, conforme previsto na Convenção de Belém do Pará (OEA, 1994) e impedem a responsabilização de agressores e institucionalizam uma cultura de impunidade⁴⁰ (ONU, 2015).

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso López Soto vs Venezuela, afirmou que os estereótipos "distorcem as percepções e levam a decisões baseadas em crenças e mitos preconcebidos, e não em fatos", o que por sua vez pode levar à negação da justiça, incluindo a revitimização das denunciantes⁴¹ (OEA, 2018, p. 75, tradução nossa) e que o Estado pode ser gerador e reprodutor de estereótipos.

No caso, a Corte observou:

238. Neste sentido, a Corte observa que as autoridades judiciais na primeira decisão, que determinaram que não havia provas suficientes para concluir que o acusado era responsável pelo crimes de que foi acusado, incluindo tortura e violência sexual, bem como na segunda sentença, que também o absolveu do crime de estupro por falta de provas, desacreditando o valor probatório da declaração de Linda Loaiza, exigiu que o que foi dito pela vítima foi corroborado por provas adicionais ou foram avaliados alegados antecedentes da vida sexual da vítima, em violação dos parâmetros internacionais. O Tribunal recorda que uma garantia para que as mulheres vítimas de violência sexual tenham acesso à justiça, devem ser previstas regras para a avaliação de provas que evitem declarações,

insinuações e alusões estereotipadas (OEA, 2018, p. 76, tradução nossa⁴²).

Desta forma, discutir criticamente o emprego de estereótipos nas decisões judiciais é imprescindível para enfrentar as barreiras que se colocam entre elas e a efetiva tutela jurisdicional de seus direitos. E não é possível fazer isso sem desconstruir criticamente a visão patriarcal e misógina que, hoje, direciona a compreensão social a respeito da violência sexual.

A reescrita da decisão escolhida é relevante porque nos permite discutir criticamente, a um só tempo, estereótipos de gênero e a posição de suspeição com que são recebidas as mulheres sobreviventes de violência sexual, bem como os reflexos de uma cultura do estupro na própria compreensão do delito. Desconstruir a compreensão exclusivamente masculina desta espécie de crime é essencial para o adequado enfrentamento da violência de gênero.

Outro aspecto positivo neste julgado é que, ao contrário do que usualmente se vê em crimes desta natureza, a instrução contou com ampla produção probatória, inclusive pericial, que atestou a ocorrência de violência. No entanto, este rico cenário probatório não foi suficiente para a superação dos estereótipos, demonstrando a força e a influência destes na tomada de decisão judicial. No caso escolhido, os preconceitos e pré-compreensões que dão origem aos estereótipos produziram verdadeiro desvio do foco da Corte, que se debruçou sobre questões secundárias e irrelevantes para a determinação dos fatos (as quais foram supervalorizadas), em detrimento dos aspectos centrais e relevantes que circundam a configuração do tipo penal, como a inexistência do consentimento, comprovada a partir do emprego da violência.

Neste ponto, nos interessa também tra-

zer às discussões o papel da epistemologia jurídica⁴³ na garantia de uma prestação jurisdicional mais objetivamente controlável, interna e externamente, bem como o seu potencial enquanto aliado no enfrentamento dos estereótipos e na implementação de um julgamento com perspectiva de gênero. Trata-se de área do conhecimento pouco presente nas atividades jurisdicionais, seja como ferramenta de análise, seja como mecanismo de tomada de decisões, e que muito tem a contribuir com as agendas feministas.

3. ABORDAGEM PROPOSTA

Em nossa reescrita, identificaremos e nomearemos os estereótipos de gênero que influenciaram, diretamente, a tomada da decisão da Corte, bem como destacaremos o papel da cultura do estupro na própria compreensão do delito. Nosso objetivo é dar destaque a essas questões e demonstrar como seu emprego compromete não só a imparcialidade dos(as) julgadores(as), como também a adequada prestação jurisdicional, especialmente ao perpetuar a violência institucional de gênero. Ao desvelar a presença das pré-concepções fundadas em uma estrutura social e institucional sexista e misógina, traz-se maior clareza a estas influências, facilitando seu enfrentamento.

Evidenciando a presença do estereótipo da mulher suspeita (em duas de suas formas de apresentação: a mulher mentirosa e a mulher vingativa/louca), revisitamos a prova oral produzida, recebendo a sobrevivente com a credibilidade que lhe é devida. Deixamos de lado compreensões pessoais a respeito dos fatos e eventuais raciocínios comparativos a serem feitos entre a realidade particular do julgador (camufladas pela invocação do “senso comum” e das “máximas da experiência”, construídas com base em uma visão patriarcal)

e a realidade da sobrevivente, dando enfoque aos relatos, vivências e experiências que nos foram descritas. Com isso, aproximamos as pessoas que julgam da realidade das partes, como recomenda o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (CNJ, 2021), reduzindo as possibilidades de que a decisão seja tomada com base nas crenças e vivências pessoais e particulares dos(as) julgadores(as) e de compreensões universalidade de existências, em detrimento do caso concreto.

Adotamos o *raciocínio prático feminista*⁴⁴ não só para a recepção das declarações da sobrevivente (como acima exposto), mas também para privilegiar uma interpretação concreta da experiência dela, em detrimento daquelas abstratas e universalizantes, habitualmente fundadas na experiência e no processo de raciocínio dos homens (Bartlett, 1990). Na reescrita, este método foi utilizado para desafiar os fundamentos da decisão, que deixou de reconhecer como estupro um ato sexual que deixou visíveis lesões decorrentes da violência empregada, ao entender que o laudo pericial que constatou a violência não seria suficiente a demonstrar a existência do constrangimento exigido pelo tipo penal.

Expondo a influência da cultura do estupro na interpretação jurídica dada pela Corte, revisita-se a própria compreensão da violência sexual a partir de uma perspectiva de gênero, questionando e evidenciando a ausência/exclusão da realidade das mulheres. O emprego do método da *pergunta pela mulher*⁴⁵ (*Ibid.*), portanto, buscou aproximar a compreensão do tipo penal da realidade das mulheres e, no caso concreto, da própria sobrevivente. Com isso, a interpretação dos fatos permite compreender a violência sexual de gênero em toda a sua complexidade, ampliando a proteção legal.

Por fim, empregando as ferramentas fornecidas pela epistemologia jurídica, revi-

sitou-se a prova produzida de forma objetiva e externamente controlável, realinhando o raciocínio jurídico adotado, para conferir protagonismo às questões centrais (como a presença da violência), em detrimento de questões secundárias que pouco ou nada importam à determinação dos fatos⁴⁶. Assim, evitaram-se desvios e deturpações no raciocínio probatório que, ao serem removidos, permitiram o alcance de conclusão bastante diversa, sem o comprometimento dos direitos e garantias do acusado.

4. MÉTODOS EMPREGADOS

Optamos pela elaboração de voto divergente, que nos permitiu dialogar diretamente com os pontos que elegemos como problemáticos na decisão (presença de estereótipos de gênero, de compreensão influenciada pela cultura do estupro e de desvios no raciocínio probatório). Assim, enfrentando cada um destes pontos, revisitamos o conjunto probatório e o raciocínio fático operado pela Corte, deixando, no entanto, de avançar para uma hipotética dosimetria da pena (consequência da condenação alcançada), porque fora do escopo deste trabalho. Pelo mesmo motivo, optamos por não incluir na reescrita o 2º fato descrito na denúncia (delito de roubo), enfrentando tão somente a imputação de estupro.

Como estratégia, lançamos mão da epistemologia jurídica para reorganizar o raciocínio jurídico a ser percorrido para a determinação dos fatos, respeitando cada uma das etapas do procedimento decisório (valoração e decisão), usualmente aglomeradas e realizadas a um só tempo por quem julga, como se fossem idênticas em procedimento e objetivo. Na *valoração*, devem ser empregados os métodos de valoração e as ferramentas epistêmicas de determinação dos fatos, obje-

tivando identificar qual das hipóteses (acusatória ou defensiva) encontra maior suporte no conjunto probatório e se esta resiste ao confronto com a hipótese contrária. Na *decisão*, definida a hipótese mais provavelmente verdadeira⁴⁷, deve-se empregar critérios decisórios (modelos constatação ou *standards*) que permitam verificar se a hipótese atinge o rígido grau de confirmação exigido pelo processo penal (Matida, 2019; Badaró, 2019).

A observância de cada uma delas é imprescindível para assegurar o controle lógico e racional do juízo de fato e a prolação de decisão judicial objetivamente controlável, interna e externamente. Trata-las como etapa única compromete a compreensão e o adequado manejo das complexidades a serem enfrentadas em cada uma delas, dificultando a identificação da influência das subjetividades das julgadoras e julgadores no processo decisório.

Acreditamos que essa área do saber, especialmente quando aliada ao emprego da perspectiva de gênero, tem grande potencial para assegurar decisões judiciais mais objetivas e livres de influências externas (como a compreensão pessoal de quem julga), preconceituosas (como são a maioria dos estereótipos de gênero) e misóginas (como aquelas decorrentes da cultura do estupro). Por meio da epistemologia jurídica, asseguramos o adequado emprego das ferramentas de determinação dos fatos⁴⁸, especialmente observando seus fundamentos e cogência⁴⁹, ordenando prioridades na tomada de decisão.

5. REESCREVENDO A DECISÃO

VOTO DIVERGENTE

Divergimos da colega e dos colegas, por entender que o recurso do Ministério Público merece provimento, para condenar J. A. pela

prática do delito de estupro.

É que a prova produzida em contraditório, reforçada pelos elementos informativos colhidos no inquérito, não deixa dúvidas de que o acusado constrangeu a sobrevivente, mediante violência, à prática do ato sexual. A respeito da prova oral, reproduzimos, na integralidade, trecho da sentença de 1º grau, de lavra do juiz de direito Alan Peixoto de Oliveira, que bem resume as declarações prestadas individualmente pelos sujeitos processuais, permitindo maior compreensão a respeito do contexto probatório (Rio Grande do Sul, 2022):

A ofendida M. D. declarou que, próximo às 23h/23h30min, o acusado foi na sua residência. Esclareceu que J. inferiu que trouxe um medicamento para ela, tendo a depoente respondido que não precisaria do remédio. Disse que lhe empurrou e ele saiu do local. Referiu que, posteriormente, J. ingressou no interior da casa da vítima e colocou as mãos em sua boca, dizendo “não grita, não grita...”. Referiu que, na ocasião, iniciou o estupro. Mencionou que o réu proferiu socos na sua cabeça. Negou que conhecesse J. Esclareceu que, no dia do fato, estava escuro, era noite. Acrescentou que o denunciado levou seu celular e esqueceu a chave no local. Respondeu que não tinha visto o agressor anteriormente, pois não o reconheceu. Sabe quem é o indivíduo que foi preso e negou que conhecesse o acusado de forma precedente. Não sabe mencionar detalhes sobre a fisionomia do agressor. Referiu que pediu para tomar um suco, tendo o acusado consentido. Após, ao retornar, relatou que foi novamente estuprada. Esclareceu que foi na cozinha juntamente com J. Disse que o interruptor, presente ao lado de fora casa, foi desligado. Inferiu que conversou com H., seu ex-gênero e seu vizinho. Que chamou ele para ir na casa de sua filha e registrar a ocorrência. Não sabe se H. conhece J. Quanto à subtração do telefone, relatou que ligaram para o seu celular e “ele” atendeu, então marcaram um encontro com “ele” e falaram com a

polícia. Não sabiam com que estava com o celular e não conhece o sujeito. Referiu que esta pessoa, depois, foi em sua casa e pediu que “retirasse o nome dele” e contou que havia comprado o telefone de J. Afirmou que não sabe de qualquer briga ocorrida na casa do H. no dia do fato. Disse que é comum o registro de brigas na residência do H. devido a bebida alcoólica. Acrescentou que foi arrancada um pedaço de tábua da casa para o acusado ingressar no local e que H. consertou no outro dia.

J. F. A. H. disse que seu ex-marido lhe chamou e disse que havia ocorrido uma tragédia com sua genitora, pois o acusado havia violentado e batido bastante na vítima. Inferiu que sua mãe estava bem machucada e quase não conseguia caminhar. Disse que foram no hospital e na Delegacia de Polícia. Fizeram o exame para verificar quem era o autor do fato. Esclareceu que sua filha estava olhando o whatsapp e viu que o aplicativo da ofendida estava online. Disse que, então, começou angariar informações com a pessoa que estava com o aparelho telefônico. Referiu que marcou um encontro com o sujeito e avisou a Autoridade Policial e, na ocasião, flagraram o rapaz na posse do celular. Acrescentou que uma chave foi localizada na residência de sua mãe e que falaram que a chave pertencia ao J. Não conhecia o acusado anteriormente. Referiu que brigas na casa do H. são corriqueiras. Não sabe se de forma precedente ao fato ocorreu alguma. Explicou que no local funciona um bar. Disse que sua mãe não se relaciona afetivamente há trinta anos. Não conhece quem adquiriu o aparelho telefônico. Mencionou que H. conhecia o J., pois frequentava o bar. Que todos conheciam ele no local. Não soube precisar, com certeza, se sua genitora conhecia o réu. Disse que H. contou que um rapaz tinha batido na porta de M. e mostrado as partes íntimas, e a vítima conseguiu se livrar do réu. Mencionou que o sujeito se identificou como J. Após, o denunciado retornou ao local, retirou uma tábua e invadiu a casa, sendo que nesta ocasião

ocorreu o delito. Confirmou que a pessoa que estava com o celular procurou sua mãe.

L. F. H. disse que o sujeito, um dia antes do fato, foi na sua residência que fica localizada ao lado da casa da ofendida. Explicou que aluga quartos. Referiu que alugou um quarto para um certo um rapaz de alcunha “Pinho” e o J. teve procurando ele. Disse que J. esteve no dia do fato durante a tarde no local. Referiu que alguns pertences do réu foram encontrados na residência da vítima. Afirmou que, durante a tarde, as partes haviam conversado. Disse que, por volta, das 23h possivelmente o réu foi na residência de M., entregado alguns remédios. Após, ele teria desligado o disjuntor, quebrado a parede, e efetuado o crime: colocado a mão na boca da vítima, efetivado o ato sexual, tomado um suco na cozinha, realizado novo ato sexual, subtraído o celular e, por fim, ligou o disjuntor. No dia seguinte, referiu que ficaram sabendo do infortúnio. Que ligaram para filha da M. e, após, foram na Delegacia de Polícia. Afirmou que conheceu o acusado um dia antes do fato. Disse que a vítima conheceu o réu durante os dias que ele frequentou o estabelecimento do depoente, cerca de dois dias. Respondeu que M. lhe falou que havia conversado com J. no dia do fato, mas não presenciou. Afirmou que a vítima procurou o depoente pela manhã. Disse que não é comum acontecer brigas no local. Afirmou que J. não se envolveu em qualquer conflito no local no dia anterior. Não conhecia o rapaz que foi localizado com o telefone celular da ofendida. Quando a polícia foi à casa da vítima, não havia mais o dano no imóvel, pois alguém já havia consertado. Respondeu que não fez o reparo. Inferiu que a vítima teve um pequeno envolvimento amoroso com um senhor aposentado que frequentava o local.

Interrogado, J. A. negou os fatos. Afirmou que estava em um relacionamento com M., mas houve um desacordo. Disse que esteve na residência da vítima das oito às onze horas e saiu do local. Afirmou que houve discussões no bar do H., por causa de

dinheiro, que fica ao lado da casa da ofendida. Referiu que não levou o celular do local. Mencionou que os familiares de M. cobravam um relacionamento. É o teor da prova oral.

Estes são os depoimentos colhidos durante a instrução. Passamos, pois, a valorar as provas produzidas, objetivando identificar qual das hipóteses (acusatória ou defensiva) é a que encontra maior respaldo no conjunto probatório.

Como visto, a hipótese acusatória vem respaldada nos relatos da sobrevivente, que foi categórica em afirmar, desde que ouvida em sede de inquérito, que não mantinha relacionamento amoroso com o acusado, e que tampouco desejou ou consentiu com o ato sexual. Disse ter sido surpreendida por ele durante a noite, quando, à força, ingressou em sua residência e brutalmente a estuprou por duas vezes. M. D. referiu o emprego de força física pelo homem para impedir sua resistência; de violência e brutalidade para a prática do ato sexual, além de espancamento, consistente em socos na cabeça.

Ao contrário do que constou no voto do relator, não há qualquer controvérsia ou incongruência nos relatos da sobrevivente a respeito de tais fatos. Desde seu primeiro depoimento, a ausência de consentimento, a brutalidade e a violência empregada – questões centrais e essenciais à determinação dos fatos – estão afirmadas. A sobrevivente igualmente afirmou, em ambas as etapas de apuração, que o crime ocorreu em ambiente escuro (porque as luzes estavam apagadas), de forma que não conseguiu reconhecer seu agressor, a quem não conhecia previamente.

No caso concreto, os relatos congruentes e harmônicos da sobrevivente vêm ainda reforçados por *provas diretas* da ocorrência dos fatos, produzidas de forma autônoma e independentes. É o caso dos relatos das

testemunhas (filha e ex-genro da sobrevivente) e do laudo pericial produzido.

Veja-se que o depoimento da **filha da sobrevivente** igualmente oferece confirmação à hipótese acusatória. Notadamente, quando afirma que a mãe chegou em sua residência bastante machucada, com dificuldades inclusive para andar, confirmando a gravidade das lesões decorrentes da violência sexual sofrida pela genitora. Ademais, a testemunha afirmou desconhecer o réu e saber que a mãe não se envolve amorosamente com ninguém há trinta anos.

A violência empregada para constranger à sobrevivente ao ato sexual vem igualmente confirmada pelo **laudo pericial** realizado em sede de inquérito, no qual constou que a verificação de manchas arroxeadas na região dos ombros, lesões simples na camada superficial da pele e *laceração profunda* na vagina, associada com manchas arroxeadas e edema (inchaço) no local (vagina). Em conclusão, o perito indicou que o ato sexual fora praticado mediante *violência*.

Por fim, sucessivamente confirma a ocorrência da violência o depoimento prestado pelo **ex-genro da sobrevivente**, primeira pessoa a acudi-la.

A **versão defensiva**, por outro lado, encontra-se isolada nos autos, consistindo apenas na negativa do **acusado**, que afirma a existência de prévio envolvimento amoroso entre as partes e a consensualidade na relação sexual. A falsa acusação, segundo ele, seria decorrência do descontentamento da sobrevivente e de seus familiares com sua decisão de não assumir um compromisso na relação.

No entanto, e ao contrário do que constou no voto do qual ora divergimos, não há provas que confortem sua afirmação, razão pela qual a versão acusatória não é por ela enfraquecida. *Resiste, pois, a um confronto entre as hipóteses.*

Ainda que o ex-genro tenha referido que as partes se conheciam, afirmou categoricamente que *não os viu* conversando; o fato lhe foi contado *pela sobrevivente*, após o ocorrido. Disse, também, que conheceu o acusado apenas *dois dias antes* do crime, porque ele esteve nos quartos que aluga buscando um de seus inquilinos. Ou seja: o depoimento da testemunha não permite concluir que réu e sobrevivente se conheciam previamente de forma íntima, muito menos que mantinham relacionamento amoroso.

Assinalo que tomar como mais provavelmente a hipótese defensiva exige afirmar que a prova produzida demonstra que ambos *mantinham relacionamento amoroso*. E não só: que o relacionamento amoroso *fosse conhecido da família*; que fosse *estável o bastante* para fazer com que a negativa do réu de assumir um compromisso *incomodasse a sobrevivente e seus familiares*, a ponto de lançarem mão de uma falsa acusação como vingança.

Nenhum destes fatos encontra conforto na prova produzida. Reafirmo que a sobrevivente afirmou desconhecer o acusado, assim como sua filha. O ex-genro relatou que apenas o conheceu dois dias antes, quando o réu buscava uma terceira pessoa nos quartos que alugava. E embora tenha dito que agressor e sobrevivente se conheciam, afirmou que não os viu conversando (juntos), o que lhe teria sido relatado após os fatos. E mais importante: nenhum deles indicou a existência de relação amorosa entre ambos.

O desencontro da versão do acusado com as provas produzidas fica ainda mais evidente ao considerarmos que a indicação da autoria não partiu da sobrevivente que, ao registrar a ocorrência, sequer sabia quem era seu agressor⁵⁰. O nome do réu surge como suspeito em razão dos desdobramentos da investigação realizada pela polícia, a partir das

chaves encontradas na residência da sobrevivente (que pertenciam ao réu) e da compatibilidade de seu material genético com aquele coletado da vítima.

Os motivos que justificariam a alegada falsa imputação, portanto, não subsistem à análise do conjunto probatório. E a apontada ausência de linearidade e de eventuais pequenas modificações na forma de revisitar os fatos secundários (se o acusado entrou ou não pelo dano causado à cerca; quem a consertou ou deixou de consertar; se já haviam ou não conversado previamente) são inerentes ao próprio processo de recuperação da memória, não sendo, necessariamente, indicativos de falsa imputação. Sendo a vítima vizinha do ex-genro, nada impede que – nos dois dias em que o acusado esteve no local – tenha por ele cruzado e trocado breves palavras, do que se recordou posteriormente, quando identificado o autor da agressão. As supostas “incongruências”, portanto, poderiam ser meramente aparentes.

Conforme há tempos vem apontando a Psicologia do Testemunho, os relatos de uma sobrevivente de violência sexual não são estáticos, pois recordações confiáveis envolvendo fatos traumáticos tendem a ser fragmentadas, incompletas e desorganizadas. Esta é a regra; o que se espera de um relato confiável (Scarpatti *et al.*, 2023).

Ademais, a própria condução da entrevista/oitiva é determinante para o processo de evocação das memórias, já que “o que os(as) profissionais acreditam que aconteceu, o relacionamento que estabelecem com a vítima e a maneira como realizam perguntas são essenciais para o resultado da entrevista” (*Ibid.*, p. 1260). Os vieses empregados pelos condutores do depoimento impactam, significativamente, as informações prestadas e a forma com que são feitos os relatos, que não obedecem, necessariamente, uma linearidade. Perguntas

feitas de maneira inadequada tem potencial para limitar e/ou distorcer o relato, e a cada vez que a sobrevivente é chamada a revisitar os fatos, a probabilidade de que incorra em distorções aumenta. Afinal, todo o procedimento de evocação de memórias está sujeito a efeitos deletérios (Cecconello *et al.*, 2018).

Portanto, ao contrário do que sugere o senso comum, o armazenamento e a recuperação do conteúdo de uma memória é um processo contínuo e passível de modificação. As recordações, portanto, são maleáveis (e não rígidas), não funcionando como uma fotografia ou uma gravação de vídeo, que pode ser repetidamente recuperada e acessada de forma idêntica (Scarpati, *et al.*, 2023, p. 1260, p. 1264; Cecconello *et al.*, 2018; Cecconello *et al.*, 2022; Matida; Cecconello, 2021).

É preciso que tomemos consciência desta realidade e das limitações inerentes à memória humana para a correta atribuição de credibilidade aos depoimentos colhidos. Não é razoável (tampouco empiricamente justificado) insistir na perversa exigência⁵¹ de absoluta identidade entre cada uma das narrativas das sobreviventes, inclusive (e principalmente) quanto aos mínimos e secundários detalhes (Coulouris, 2010). Esta exigência decorre diretamente da posição de suspeição com que são recebidas as mulheres que denunciam crimes de estupro pelo sistema de justiça criminal (Severi, 2016), que são simultaneamente julgadas com o autor do fato, porque confrontadas com argumentos que supõem que estejam falsamente acusando ou inventando a ocorrência do crime (Andrade, 1996).

Ao que parece, não é a vítima que traz relatos inconsistentes, mas o réu que afirma situação que muito possivelmente não ocorreu, buscando evitar a responsabilidade penal. E esta inversão de credibilidade (reduzindo àquela atribuída aos relatos da sobrevivente e supervalorizando a narrativa do réu) é reflexo da

atuação dos estereótipos discriminatórios de gênero que permeiam o imaginário social. A partir deles, as vítimas são recebidas pelo sistema de justiça criminal com desconfiança (Andrade, 2005), como pessoas suspeitas (Severi, 2016), que não merecem credibilidade, e capazes de imputar aos acusados a prática de delito nunca ocorrido. Em razão disso, percepções são distorcidas; decisões são tomadas com bases em crenças e mitos, resultando em má aplicação da lei pelos(as) julgadores(as); vozes são desconsideradas e a cultura da impunidade (e da revitimização) é institucionalizada (ONU, 2015).

Estereótipos de gênero, como o da *mulher suspeita* (fator determinante na decisão do relator), comprometem severamente a credibilidade a ser atribuída aos relatos das sobreviventes e comumente ensejam decisões judiciais discriminatórias, sendo uma das principais barreiras do acesso das mulheres à justiça (ONU, 2015). É com base neles que se sustentam as crenças de que "as mulheres exageram nos seus relatos sobre violência ou mentem, de que utilizam o direito por motivo de vingança ou para obter vantagem indevida" (Severi, 2016, p. 576), as quais são, por inúmeras vezes, mais determinantes na tomada de decisão do que os princípios constitucionais e as normativas legais.

O emprego de estereótipos preconceituosos formados por generalizações decorrentes do gênero cria e perpetua a hierarquia que subalterniza as mulheres em sociedade (Almeida; Nojiri, 2018), sendo fator determinante de dominação social (Cook; Cusack, 2010). E o Poder Judiciário, ao absorver e reproduzir tais estereótipos (deixando de enfrentá-los como deveria), contribui diretamente para a perpetuação da representação social das mulheres como indignas de confiança, bem como para a institucionalização da violência contra a mulher. É que o direito não só reproduz

estereótipos de gênero; o poder de seus discursos acaba por propriamente construir o gênero, na maioria das vezes de forma bastante prejudicial às mulheres (Hunter; McGlynn; Rackley, 2010), como ocorre no presente caso.

Justamente buscando combater esses estereótipos e impedir que sejam empregados para negar a credibilidade que merecem os relatos das sobreviventes é que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) assentou o entendimento de que tais relatos, quando congruentes e harmônicos, devem receber especial valor probante. Especialmente quando reforçados por outros elementos de prova, devem preponderar sobre a negativa de autoria do acusado. Neste sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ÓBICE PREVISTO NA SÚMULA 7 DO STJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. I – É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, em crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima possui especial relevância, uma vez que, em sua maioria, são praticados de modo clandestino, não podendo ser desconsiderada, notadamente quando corroborada por outros elementos probatórios. II – Tendo a Corte de origem, soberana na apreciação da matéria fático-probatória, consubstanciado na palavra da vítima e demais provas carreada aos autos, pela condenação do agravado pela prática do delito de estupro de vulnerável, a pretensão da Defesa de alterar tal entendimento exigiria revolvimento fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

Agravo regimental desprovido (Brasil, 2019).

O especial valor probatório reconhecido aos relatos das sobreviventes, portanto, está assentado na jurisprudência. E ao contrário do

que muitos pensam, não se trata de afirmar que toda a denúncia deve ser considerada, de forma rígida, como verdadeira, o que poderia inclusive ensejar condenações injustas. O que se sustenta é que o paradigma deve ser alterado, para que as sobreviventes sejam recebidas pelo sistema de justiça criminal sem suspeitas, sem precisar demonstrar que não vêm a juízo mentir. É a hipótese de falsa imputação que deve exigir provas concretas.

Assim, assentada a higidez dos relatos da sobrevivente, à sua palavra deve ser reconhecido especial valor probante. E frente às sucessivas confirmações oferecidas à hipótese acusatória pelas provas produzidas, demonstrada está a alta probabilidade da ocorrência dos fatos da forma em que relatado pela sobrevivente. É esta, inequivocamente, a versão que encontra maior amparo no conjunto probatório, inclusive porque resiste ao confronto com a hipótese contrária. No ponto, reafirmo que a versão do réu, além de isolada (por não encontrar confirmação em nenhum outro elemento de prova), vai na contramão dos relatos colhidos (já que a sobrevivente, sua filha e o ex-genro negam o prévio envolvimento amoroso entre eles) e da perícia realizada (que atesta as lesões e a violência empregada no ato).

E mesmo que não fosse este o caso; que a relação amorosa fosse questão incontroversa nos autos. Ainda assim, a conclusão seria a mesma. É que a presença da elementar *violência* é incontestada nos autos, com o que os fatos se subsumem à norma penal, de nada importando se as partes já se conheciam e mantinham relacionamento. Sexo, com emprego de violência, constitui estupro.

Aliás, importa invocar aqui um questionamento: de que tipo de sexo estamos falando quando aceitamos a ideia de que uma relação sexual consentida possa ensejar lesões tão graves nas mulheres? Em qual com-

preensão tamanha brutalidade poderia decorrer de uma relação sexual em que ambas as partes estariam igualmente comprometidas e investidas?

Aceitar que a existência de prévio relacionamento entre duas pessoas possa denotar consentimento, apesar de seguras as evidências da violência, é uma manifestação da institucionalização da cultura do estupro, que está baseada na aceitação e tolerância social à violência sexual e faz parte de um padrão sistemático de tolerância estatal à violência baseada no gênero, que pode ser comprovada por suas altas taxas no país. Só na última década, 583.156 pessoas, na maioria mulheres, foram estupradas⁵² no Brasil. Em 2022, houve uma explosão desta forma de violência no país, que contabilizou o maior número de registros da história, totalizando 74.930 vítimas⁵³ (FBSP, 2023, p. 153-154).

Os dados, que já impressionam, devem ser analisados levando em conta que a subnotificação é a regra nesta espécie de delito. Em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), concluiu-se que apenas 8,5% dos casos de estupros chegam ao conhecimento da polícia, ao passo que só 4,2% são identificados pelos sistemas de informação da saúde. Isso significa dizer que "o limite inferior do número de estupros no país se situaria num patamar de 822 mil casos por ano, o que corresponderia à ocorrência de quase dois casos por minuto no Brasil" (Ferreira et al., 2023, p. 6).

A realidade, portanto, é muito mais cruel com as mulheres, que não vêm encontrando no sistema de justiça criminal um ambiente seguro, com o que optam frequentemente por não denunciar seus agressores. Em grande parte, porque sabem que dificilmente suas experiências serão compreendidas como estupro, de forma que a revitimização é uma constante. Por isso, Carmen Hein de Campos e

Ela Wiecko de Castilho afirmam que "denunciar um crime de estupro requer coragem, não apenas para superar o trauma vivido e suas consequências, mas para enfrentar a desconfiança, especialmente do sistema de justiça" (Campos; Castilho, 2022, p. 440).

Quando ausente nas decisões judiciais a perspectiva de gênero, que viabilize a compreensão da experiência e da realidade das mulheres, contribui-se para a reprodução da cultura do estupro. Quando se ignora a realidade do cometimento do estupro e o esforço e a coragem necessários para denunciá-lo, tende-se a exigir vítimas idealizadas (honestas, recatadas, sem vínculo anterior com o réu, que resistiram bravamente) e autores estereotipados (anormais, com instintos animalescos, incontroláveis).

Essa visão estereotipada e distante da realidade do estupro compõe a cultura do estupro e pode estar presente em processos judiciais quando, por exemplo, o relato das mulheres sobre a violência sofrida é posto em xeque, independentemente das evidências produzidas pelo inquérito policial; quando se exige resistência física demonstrável, mesmo que essa exigência não seja feita a homens em crimes de outra natureza; quando se valoram fatos ou testemunhos irrelevantes para desacreditar a vítima e, principalmente, quando o estupro é entendido a partir da perspectiva masculina, como relação sexual consentida, e não pela perspectiva feminina, como violência que é. Assim, "quando o modelo é o de uma sexualidade masculina impulsiva que é tomado como referência, há uma naturalização do estupro" (Campos et al., 2017, p. 985).

Esse parece ter sido o entendimento no acórdão do qual divergimos, em que a possibilidade de um relacionamento entre as partes fez com que o estupro (porque praticado com violência) pudesse ser entendido como relação consentida. Como se as lesões produ-

zidas na mulher pudessem ser aceitáveis em uma relação sexual. O constrangimento e a violência sofridos pela sobrevivente foram minimizados e, por isso, se mostraram incapazes de afastar o suposto consentimento afirmado pelo réu. Ao negar veracidade ao relato da sobrevivente, especialmente negligenciando as evidências e os relatos convergentes de testemunhas, o discurso jurídico assumiu que a denúncia de estupro foi realizada por uma mulher vingativa, mentirosa, ou que possuía interesses amorosos não correspondidos ao fazer o registro de ocorrência. Esta é uma perspectiva exclusivamente masculina, que mais uma vez desconsidera a realidade das mulheres.

É preciso ter em vista que o estupro é um crime da ordem de gênero, que impacta a vida das mulheres e meninas de diversas formas, com especial gravidade para a vida e a saúde sexual e reprodutiva (Campos; Castilho, 2022). Por isso, o Conselho Nacional de Justiça recomendou a adoção do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (2021), que reproduzimos, *in verbis*:

Na apuração da prática de delitos contra a dignidade sexual é essencial julgar com perspectiva histórica e social dos comportamentos entendidos como aceitáveis e válidos para as mulheres e para os homens, sob pena de se deixar à margem importantes violações e concretizar direito androcêntrico, incapaz de diferenciar a ausência de consentimento da vítima, o não consentimento e o dissentimento (CNJ, 2021, p. 91).

A vista disso, evidencia-se que a noção de consentimento acolhida no acórdão é duvidosa. O núcleo do tipo penal do estupro é o verbo constranger. “Quem é constrangido por outrem a atos sexuais é porque não os quer. Pode até tolerar a conduta, mas não querê-la” (Campos; Castilho, 2022, p. 450). Como meios

de constrangimento, a norma penal indica a violência ou a grave ameaça. “Em outras palavras, a violência real (física) ou a violência moral” (*Ibid.*, p. 450).

Assim, quando há constrangimento, isto é, violência (física ou moral), não há consentimento. A violência anula o consentimento; é o oposto do consentimento. No caso em questão, há evidências da ocorrência de violência (laudo médico, palavra da sobrevivente e relatos das testemunhas) e portanto, vício da vontade, que deixou de ser livre. Quando o acórdão afirma que o constrangimento, por parte do réu, para a prática do ato sexual não estaria suficientemente provado, o que quer dizer? O que seria um constrangimento suficientemente demonstrado além do laudo pericial comprovando a violência (equimoses e laceração!) e testemunhas afirmando que a vítima sequer podia caminhar direito após o ato?

O que estaria sendo exigido da vítima para provar que não houve consentimento? Recorde-se que

[a] construção do dissenso como elementar implícita do crime de estupro é fruto de uma perspectiva androcêntrica e machista que fez do consentimento o foco da lógica adversarial da defesa dentro do processo criminal. Assim, a violência não é capaz de, por si só, afastar o consentimento (Ibid., p. 453).

Por fim, importante mencionar que estudos realizados nos Estados Unidos indicam que a realidade envolvendo falsas acusações é bastante distinta daquela imaginada pelo senso comum, variando entre 2,1% e 10,3% (Ferguson; Malouff, 2016). A alegação de que a vítima mente (por qualquer que seja o motivo) não vem amparada empiricamente, sendo, em verdade, fruto único da incidência de estereótipos de gênero.

Por isso, a tolerância estatal à violência

sexual contra mulheres contribui para a cultura do estupro, razão pela qual não pode ser acolhida por este Tribunal.

Valoradas as provas e as hipóteses, bem como definida a hipótese acusatória como aquela com maior grau correspondência, passa-se à **etapa de decisão**. Objetiva-se, aqui, verificar se o grau de confirmação alcançado pela hipótese prevalente é suficiente para que seja considerada provada, conforme exige o rígido *standard* probatório adotado em sede de processo penal⁵⁴.

Como visto, a hipótese acusatória está sucessivamente confirmada por diversos meios de prova, independentes e autônomos, que não vêm enfraquecidos por qualquer dúvida razoável que a coloque à prova. Por razoável, nos referimos à dúvida que encontra amparo, ainda que mínimo, no conjunto probatório, e que sinalize para a possibilidade (objetiva) de que o fato descrito na denúncia não tenha ocorrido.

No caso concreto, a “dúvida” levantada pela defesa e invocada pelos colegas para justificar a absolvição não pode ser considerada razoável. A um, porque ausentes elementos probatórios mínimos que a amparem, a indicar que a vítima venha a juízo para mentir. A dois, porque a “dúvida”, como vimos, vem fundada unicamente em estereótipos de gênero, não se aceitando que compreensões discriminatórias sejam consideradas razoáveis para o alcance do *standard*.

Interessa esclarecer, ainda em atenção às “dúvidas” levantadas pelos colegas, que as discussões a respeito da cerca de entrada da residência (se foi ou não violada pelo réu; se foi ou não consertada pela testemunha) são irrelevantes à determinação dos fatos, igualmente não surgindo como dúvida razoável. É incontroverso nos autos que o acusado esteve na casa, pouco importando por onde e como entrou. Além disso, a vítima *não viu* o momento do ingresso na propriedade, *acreditando* que

tenha sido pela cerca. Se foi assim que o acusado entrou, pouco importa; trata-se de fato secundário que nada influencia as discussões sobre a ocorrência do delito.

Idêntico raciocínio deve ser empregado para superar as discussões sobre o prévio conhecimento entre as partes. Se eram conhecidos ou não, o desfecho seria o mesmo, porque a ausência de consentimento – esta sim essencial para a determinação dos fatos – está suficientemente demonstrada a partir da constatação da violência empregada.

É preciso que se traga à discussão as questões efetivamente *centrais* à determinação dos fatos, pois focar em questões secundárias e desimportantes, como ocorre no voto do colega relator, abre espaço para a indevida influência dos estereótipos de gênero. E mais: abre espaço para que magistrados(as) atuem como verdadeiros investigadores, buscando nos mínimos (e irrelevantes) detalhes toda sorte de inconsistência, na busca pela satisfação de seu subjetivo convencimento.

Note-se que a influência dos estereótipos de gênero na decisão da colega acabou por deturpar sua objetividade, fazendo com que considerasse exclusivamente os elementos que sustentam a concepção estereotipada (no caso, que a mulher mentiria), ignorando aquelas que a contradizem e são, de fato, essenciais à determinação dos fatos. O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (STJ, 2021, p. 29) já alerta para o ponto, indicando, inclusive, como o cenário se faz presente em crimes sexuais, nos quais a palavra das sobreviventes é minimizada e desacreditada, ao passo em que ponderações sobre seus comportamentos anteriores assumem protagonismo (aqui, seu possível destemper e irracionalidade, ao falsamente acusar seu possível companheiro amoroso, pelo desinteresse deste em assumir um compromisso).

É necessário que tomemos consciência

da presença e influência de estereótipos no exercício da atividade jurisdicional, assumindo a responsabilidade na efetivação do compromisso com o enfrentamento da desigualdade de gênero e da violência de gênero. E parte deste processo passa por refletir criticamente sobre os prejuízos causados, incorporar tais considerações na atuação jurisdicional e, a partir disso, neutralizar seus efeitos (CNJ, 2021, p. 30).

Entender que estereótipos *não* são *embasamento aceitável* para o alcance da dúvida razoável que inviabilize a condenação é

um primeiro – e imprescindível – passo na busca pela igualdade entre os gêneros e pela efetivação do acesso à justiça de todas as mulheres.

Desta forma, demonstrado que a “dúvida” que resta não é razoável, tampouco aceitável, tem-se por atingido o *standard* probatório exigido para a condenação.

Ante o exposto, **voto** por dar procedência ao apelo ministerial, para condenar o réu **J. A.** pela prática do delito capitulado no art. 213 do Código Penal.

NOTAS DE RODAPÉ

²³ Submetido em 19 fev. 2024. Aprovado em 21 maio 2024.

²⁴ Mestre em Direitos Humanos. Assessora de Desembargadora no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-8809-1814>. E-mail: clarissa.mainieri@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9895835875133293>.

²⁵ Doutora em Ciências Criminais, PUCRS. Professora visitante no Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pelotas-UFPel. Professora colaboradora do Programa de Pós-Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Integrante da Red Alas (Rede Latino-americana de acadêmicas e acadêmicos de Direito). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4672-0084>. E-mail: charmcampes@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3038625843658528>.

²⁶ Trânsito em julgado em 12 de janeiro de 2023.

²⁷ A denúncia imputava ao acusado a prática dos delitos capitulados no art. 213, *caput*, combinado com o art. 61, incisos I e II, alínea “h”, por duas vezes, na forma do art. 71, *caput*, (1º fato) e do art. 155, *caput*, combinado com o 61, incisos I e II, alínea “h”, ao final (2º fato), na forma do art. 69, *caput*, todos do Código Penal.

²⁸ “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VII – não existir prova suficiente para a condenação” (Brasil, 1941).

²⁹ A denúncia foi transcrita, na integralidade, no corpo do acórdão.

³⁰ Optamos por utilizar o termo sobrevivente ou mulher em situação de violência, em vez de vítima, para acompanhar o giro paradigmático introduzido pela Lei Maria da Penha e promover um deslocamento discursivo que reposicione estas mulheres, deslocando-as de uma posição vitimizante para uma posição de superação (Campos, 2011) e do reconhecimento da força exigida destas mulheres que sobrevivem à violência tão brutal (Adbdulali, 2019; Solnit, 2021).

³¹ A autorização para acesso aos autos do processo foi solicitada na forma da Ordem de Serviço nº 003/2021-P, da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por meio do Centro de Formação e Desenvolvimento de Pessoas do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul – CJUD.

³² Sobre o ponto: “Não foi realizado levantamento ou averiguação do local, pois a vítima foi registrar ocorrência apenas no dia seguinte e a suposta violação na residência, onde o acusado teria ingressado clandestinamente, teria sido consertado, o que não se sabe ao certo por quem [...] não há como afirmar se a residência, de fato, foi violada na data do acontecimento, e pelo réu” (Rio Grande do Sul, 2022).

³³ A este respeito, assinalou o juízo singular: “Durante a instrução, verifica-se que o depoimento da ofendida é caracterizado de forma confusa sobre a elucidação ocorrida no dia dos fatos. No mesmo sentido, merece ponderação a declinação da vítima e sua filha ao negar, enfaticamente, que conhecessem o réu de forma pretérita. Ocorre que, em descompasso, H. afirmou que o acusado estava frequentando seu estabelecimento, inclusive, inferindo que as partes já haviam conversado de forma precedente” (Rio Grande do Sul, 2022).

³⁴ Constou na decisão singular: “Ainda, merece destaque que as testemunhas referiram que o acusado ingressou no local do fato a partir de um rompimento de uma madeira da residência, tendo a vítima mencionado que o ex-genro, H., teria efetuado o conserto. Nada obstante, H. negou que tivesse efetivado o reparo para M. [sobrevivente]. Tais circunstâncias e a dubiez na sucessão dos fatos emergem dúvidas sobre como o réu ingressou no local, considerando que este declinou que possuía um relacionamento subjacente com a ofendida” (Rio Grande do Sul, 2022).

³⁵ Os dados consideram casos de estupro (art. 213 do Código Penal) e de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal).

³⁶ Conforme o relatório, o número considera os casos de estupro (18.110 vítimas em 2022), bem como os casos de estupro de vulnerável (56.820 vítimas) (FBSP, 2023, p. 154).

³⁷ A pesquisa foi assim apresentada e esclarecida pelos pesquisadores responsáveis: “O objetivo deste Texto para Discussão foi estimar a prevalência de estupro e sua taxa de atrito nos sistemas de saúde e policial. Para isso, analisamos inicialmente diferentes bases de dados com cobertura nacional sobre o fenômeno no Brasil, tomando como referência para comparação o ano de 2019. A partir de uma análise conjunta da Pesquisa Nacional de Saúde do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (PNS/IBGE) e do Sistema de Informação de Agravos de Notificação do Ministério da Saúde (Sinan/MS), fizemos um cálculo aproximado dessa prevalência. Concluímos que o limite inferior do

número de estupros no país se situaria num patamar de 822 mil casos por ano, o que corresponderia à ocorrência de quase dois casos por minuto no Brasil. A partir desse número, foi possível estimar que apenas 8,5% dos estupros estão sendo identificados pela polícia e 4,2% pelos sistemas de informação da saúde" (Ferreira *et al.*, 2023, s. p.).

³⁸ O termo (cultura do estupro), segundo Carmen Hein de Campos, Lia Zanotta Machado, Jordana Klein Nunes e Alexandra dos Reis Silva, significa um "conjunto de comportamentos e ações que toleram o estupro praticado contra mulheres em nossa sociedade" (Campos *et al.*, 2017, p. 982).

³⁹ Estereótipos são visões ou pré-compreensões representativas de generalizações feitas no imaginário social a respeito de atributos ou características de determinados grupos de indivíduos e de papéis que desempenham ou que se espera que desempenhem, pelo simples pertencimento do grupo. Estereótipos desconsideram a individualidade, rotulando pessoas de um modo geral, porque pertencem a determinado grupo, sendo, portanto, fruto e reprodutores de hierarquias sociais, com potencial de reproduzir violência e discriminação. Estereótipos de gênero, portanto, são características e pressuposições feitas sobre as mulheres apenas em razão do gênero ou de manifestações do gênero (Cook; Cusack, 2010).

⁴⁰ Constou no Relatório: "[...] 26. Os estereótipos e os preconceitos de gênero no sistema judicial têm consequências de amplo alcance para o pleno desfrute pelas mulheres de seus direitos humanos. Eles impedem o acesso das mulheres à justiça em todas as áreas do direito, e podem ter um impacto particularmente negativo sobre as mulheres vítimas e sobreviventes da violência. Os estereótipos distorcem percepções e resultam em decisões baseadas em crenças e mitos preconcebidos em vez de fatos relevantes. Com frequência, juízes adotam rígidos padrões sobre comportamentos que consideram apropriados para as mulheres, penalizando aquelas que não agem conforme esses estereótipos. Os estereótipos também afetam a credibilidade dada às vozes, aos argumentos e depoimentos das mulheres, sistema de justiça, que pode, por como partes e testemunhas. Esses estereótipos podem levar juízes a mal interpretar ou aplicarem as leis. Isso tem profundas consequências, por exemplo, no direito penal, quando resulta que perpetradores de violações a direitos das mulheres não sejam considerados juridicamente responsáveis, mantendo-se assim uma cultura de impunidade. Em todas as áreas do direito, os estereótipos comprometem a imparcialidade e integridade do sistema de justiça, que podem, por sua vez, levar à denegação da justiça, incluindo a revitimização de denunciante" (ONU, 2015, p. 14).

⁴¹ No original: "Los estereotipos "distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos", lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciante".

⁴² No original: "En este sentido, la Corte advierte que las autoridades judiciales en la primera sentencia, que determinó que no había pruebas suficientes para concluir que el acusado era responsable por los delitos que se le imputaban, incluyendo la tortura y violencia sexual, así como en la segunda sentencia, que también lo absolvió del delito de violación por falta de pruebas, desacreditando el valor probatorio de la declaración de Linda Loaiza, requirieron que lo dicho por la víctima fuera corroborado

por pruebas adicionales o se valoró supuestos antecedentes de la vida sexual de la víctima, en contravención con los parámetros internacionales³²⁷. La Corte recuerda que una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas".

⁴³ Conforme esclarecem Janaína Matida e Rachel Herdy, a epistemologia jurídica está atrelada ao estudo da produção do conhecimento jurídico. Recentemente, no entanto, esta expressão vem ganhando sentido diverso: "Epistemologia Jurídica tem sido empregada para fazer referência ao desafio de se justificar proposições sobre questões de fato que são apresentadas em um processo judicial. Nessa acepção, a Epistemologia Jurídica reflete preocupações com o conhecimento dos fatos, e não do direito. [...] Os epistemólogos jurídicos ocupam-se da justificação de uma proposição *p* quando esta é uma informação relevante para a decisão judicial. Concretamente, a Epistemologia Jurídica é um tipo de Epistemologia Aplicada – um estudo sobre o sistema jurídico como uma prática institucional que tem como um de seus objetivos a busca pela verdade" (Matida; Herdy, 2016, p. 209-210).

⁴⁴ O método jurídico do *raciocínio prático feminista* se volta a "construir argumentação fundamentada em um ideal em que resoluções jurídicas sejam respostas pragmáticas para dilemas concretos e não escolhas estáticas entre perspectivas opostas e muitas vezes incompatíveis". Assim, o raciocínio contextualizado, em detrimento daquele universal, nos permite maior respeito pelas diferenças, ao incluir no raciocínio empregado a perspectiva dos grupos que estão à margem da construção dos saberes e do exercício do poder (Bartlett, 2020, p. 245 e 264).

⁴⁵ O método jurídico *pergunta pela mulher* se volta a "identificar e contestar os elementos da doutrina jurídica existente que prejudicam ou excluem as mulheres e os membros de outros grupos vulneráveis". Com isso, identificam-se implicações de gênero em normas e práticas jurídicas que até então ficavam "escondidas" sob o véu da suposta neutralidade ou objetividade da lei/doutrina jurídica. Assim, a *pergunta pela mulher* nos leva a indagar sobre as implicações do gênero no caso concreto, evidenciando a diferença que a exclusão das mulheres e de suas experiências e existências faria (Bartlett, 2020, p. 245 e 251).

⁴⁶ No caso concreto, a decisão da Corte supervalorizou aspectos secundários (como pequenas incongruências nos relatos da sobrevivente, notadamente, sobre o modo com que o réu ingressou na casa), deixando de dar destaque à verificação da violência relatada, reiteradamente, pela sobrevivente e pelas testemunhas.

⁴⁷ Com a adoção de uma concepção racionalista de prova, que reconhece as limitações cognitivas inerentes ao processo penal e o condicionamento jurídico da verdade a ser alcançada, adota-se uma concepção correspondentista (epistêmica) da verdade ("verdade enquanto correspondência") (Taruffo, 2009; Matida, Herdy, 2016). Isso significa que as pessoas que julgam devem compreender que os enunciados sobre fatos (as hipóteses trazidas pelas partes) são representações da realidade, e nunca a realidade em si, cuja reprodução exata é inatingível (Abellán, 2005). Com isso, o estado subjetivo de certeza de quem julga nunca será absoluto, porque a dúvida é algo inseparável, inerente e insuperável

em todas as atividades humanas (Badaró, 2018; Matida, Herdy, 2016). O objetivo do processo, portanto, deverá ser alcançar a máxima convicção possível pelas julgadoras e julgadores, privilegiando, sempre, o aspecto demonstrativo da prova sobre sua vertente persuasiva (Badaró, 2019). Serão as sucessivas confirmações de uma hipótese que determinarão a probabilidade de sua ocorrência no mundo dos fatos (Beltrán, 2007).

⁴⁸ No caso concreto, destacando a cogência da ficção jurídica trazida pelo tipo penal, que associa, de forma vinculante, o emprego de violência à configuração do delito de estupro.

⁴⁹ Em se tratando a vinculação entre violência e a configuração do estupro de uma ficção jurídica, decorrente de expressa previsão legal, não pode a percepção pessoal dos magistrados sobre a existência ou não do consentimento se sobrepor. Ou seja: demonstrada a violência, a lei penal assegura a subsunção da conduta à norma, não sendo possível a quem julga decidir pela aplicabilidade da compreensão feita pelas legisladoras e pelos legisladores.

⁵⁰ No registro de ocorrência, lavrado sem a indicação de suspeitos, constou: "Histórico. A vítima relata que em meados de 23 horas estava dormindo e **um indivíduo** bateu na porta de sua casa, dizendo que tinha um remédio para entregar. [...] Afirma que **não foi possível ver o rosto do indivíduo, pois as luzes estavam apagadas**. Refere que o indivíduo saiu do local em torno de 02 ou 03 horas da manhã, deixando um molho de chaves. [...] Não há câmeras de segurança no local" (Rio Grande do Sul, 2022).

⁵¹ Segundo Daniella Coulouris, "[a] perversidade consiste em ser necessário que as vítimas recordem e relatem, com detalhes, as diversas formas de violência que sofreram e que desejam esquecer; consiste também na cobrança de detalhes impossíveis de serem fornecidos pelas vítimas, como por exemplo, o tempo exato de cada ato sexual e sua ordem cronológica. E a perversidade consiste, também, na utilização de pequenas diferenças entre essas descrições na fase policial e na fase judicial como "indícios" de que a denúncia é falsa e de que o acusado deve ser absolvido. Deste modo, além de, geralmente, se sentirem culpadas pelo ocorrido, as vítimas podem se sentir responsáveis pela absolvição dos agressores" (Coulouris, 2010, p. 42).

⁵² Os dados consideram casos de estupro (art. 213 do Código Penal) e de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal).

⁵³ Conforme o relatório, o número considera os casos de estupro (18.110 vítimas em 2022), bem como os casos de estupro de vulnerável (56.820 vítimas) (FBSP, 2023, p. 154).

⁵⁴ A definição do *standard* probatório a ser adotado é questão de ordem legislativa, porque representa uma escolha política feita a partir da ponderação entre os interesses envolvidos e que poderão ser afastados por eventuais erros cometidos. A partir dessa ponderação, o(a) legislador(a) deve eleger aquele que merece maior proteção. Em se tratando de conhecimento sobre os fatos, os erros possíveis são *dar como provado um fato falso* ou *não considerar provado um fato verdadeiro* (Abellán, 2005; Badaró, 2018; Matida, 2019). Em se tratando de processo penal, os interesses afetados pela comprovação de fato falso devem ser tutelados com maior rigor, de forma que o *standard* deve ser o

mais exigente, para assegurar uma maior racionalidade na decisão (Badaró, 2018; Abellán, 2005; Matida, 2019). Embora incontestado que o processo penal invoca rígido *standard*, o(a) legislador(a) brasileiro(a) não definiu, expressamente, qual o grau de corroboração exigido para a consideração de uma hipótese como verdadeira, questão imprescindível à adoção de um *standard* controlável objetivamente (Matida, 2019). Por este motivo, o que se verifica na prática é a acrítica introdução ao sistema brasileiro do modelo estadunidense conhecido como "*beyond a reasonable doubt*" (BARD) ou "para além da dúvida razoável" (Matida; Vieira, 2019). Sem adentrar nas discussões a respeito da inadequação desta aplicação (ver, sobre o tema: Matida; Vieira, 2019), bem como na subjetividade envolvida neste modelo de *standard*, na ausência de outro amplamente utilizado, lançaremos mão do BARD na presente reescrita.

JULGADO OBJETO DA REESCRITA

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (6ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 5010303-65.2020.8.21.0021**. Apelação criminal. Estupro e furto. Recurso ministerial. Sentença absolutória. Ausência de autoria e materialidade delitivas. Sentença mantida. [...]. 6ª Câmara Criminal, Relator Juiz de Direito Convocado Paulo Augusto Oliveira Irion, julgada em 15 dez. 2022, publicada em 15 dez. 2022, à unanimidade. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 23 jan. 2024.

BIBLIOGRAFIA

ABDULALI, Sohaila. **Do que estamos falando quando falamos de estupro**. Tradução: Luis Reyes Gil. 1 ed. São Paulo: Vestígio, 2019.

ABELLÁN, Marina Gascón. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *DOXA, Cuadernos de Filosofía de Derecho*, 2005, p. 127-139.

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; NOJIRI, Sérgio. Como os juízes decidem os casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018, p. 825-853. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/issue/viewIssue/279/pdf_7. Acesso em: 25 jan 2023.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimização feminina? **Sequência**, Florianópolis, v. 17, n. 33, p. 87-114, jan. 1996. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15741/14254>. Acesso em: 24 jan. 2024.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Soberania Patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência**, n. 50, p. 71-102, jul. 2005. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1300>. Acesso em: 06 set. 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Dossiê "Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos". **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan-abr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1>. Acesso em: 05 fev. 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e a prova penal**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2019. Livro eletrônico.

BARTLETT, Katharine. Feminist Legal Methods. **Harvard Law Review**, [S. l.]. v. 103, n. 4, p. 829-888, 1990.

BARTLETT, Katharine. Métodos Jurídicos Feministas. Tradução: Alessandra Ramos de Oliveira Harden, Adriana Moellmann e Isabela Marques Santos. In: SEVERI, Fabiana Cristina; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; MATOS, Myllena Calasans de (org.). **Tecendo fios das Críticas Feministas ao Direito no Brasil II: direitos humanos das mulheres e violências: volume 1, os nós de ontem**. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020. Disponível em: https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2020/12/11-03_VOL-1__TECENDO-FIOS-2-V1-DIAGRAMACAO-FN-1.pdf. Acesso em: 30 jan. 2024.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madri: Marcial Pons, 2007.

BRASIL [Código de Processo Penal]. **Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 23 jan. 2024.

BRASIL. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 1.549.964/MT**. Relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 5/11/2019, DJe de 11/11/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 01 fev. 2024.

BROWNMILLER, Susan. **Against Our Will: Men, Women and Rape**. Fawcett Books: New York, 1979.

CAMPOS, Carmen Hein de; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. Estupro. In: CAMPOS, Carmen Hein de; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer (org.) **Manual de Direito Penal com perspectiva de gênero**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 439-462.

CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAMPOS, Carmen Hein de; MACHADO, Lia Zanotta; NUNES, Jordana Klein; SILVA, Alexandra dos Reis.

Cultura do estupro ou cultura antiestupro? **Revista Direito GV**, [S. l.], v. 13, n. 3, set.-dez. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201738>. Acesso em: 14 ago. 2023.

CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, ago. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/download/5312/3982>. Acesso em: 01 fev. 2024.

CECCONELLO, William Weber; MILNE, Rebecca; STEIN, Lilian Milnitsky. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 489-510, jan.-abr. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbdpp/a/WHBHypdxXGnqRGKRQJfXtt/>. Acesso em: 01 fev. 2024.

COOK, Rebecca J.; CUSACK, Simone. **Gender stereotyping: transnacional legal perspectives**. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Protocolo para Julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça (CNJ); Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2024.

COULOURIS, Daniella Georges. **A desconfiança em relação à palavra da vítima e o sentido da punição em processos judiciais de estupro**. Tese (Doutorado em Sociologia), Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-20092010-155706/pt-br.php>. Acesso em: 06 set. 2023.

FERGUSON, C. E.; MALOUFF, J. M. Assessing police classifications of sexual assault reports: A meta-analysis of false reporting rates. **Archives of Sexual Behavior**, v. 45, n. 5, p. 1185–1193, 2016.

FERREIRA, Helder; COELHO, Danilo Santa Cruz; CERQUEIRA, Daniel; ALVES, Paloma; SEMENTE, Marcella. **Elucidando a prevalência de estupro no Brasil a partir de diferentes bases de dados**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/11814>. Acesso em: 15 dez 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **16º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>. Acesso em: 15 dez 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2023.

HUNTER, Rosemary; MCGLYNN, Clare; RACKLEY, Erika. **Feminist Judgments**: From Theory to Practice. Oxford, UK; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010.

MACKINNON, Catharine Alice. Francis Biddle's Sister: Pornography, Civil Rights and Speech. In: **Feminism Unmodified**: Discourses on Life and Law. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 1987. Disponível em: <https://silverbronzo.files.wordpress.com/2017/10/mackinnon-francis-biddles-sister-1984.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2024.

MATIDA, Janaína. Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. **Arquivos da Resistência**: Ensaios e Anais do VII Seminário Nacional do IBADPP, 2019, p. 93-110. Disponível em: <https://www.academia.edu/39554898>. Acesso em: 20 set. 2023

MATIDA, Janaína; CECCONELLO, William Weber. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 409-440, jan.-abr. 2021. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/506>. Acesso em: 01 fev. 2024.

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. **As inferências probatórias**: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Ricardo (org.). *Epistemologias Críticas do Direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MATIDA, Janaína; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova "para além de toda dúvida razoável" no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 221-248, jun. 2019. Disponível em: <https://www.academia.edu/40069531>. Acesso em: 20 set. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comitê Sobre a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW). **Recomendação Geral nº 33**: acesso das mulheres à justiça. 2015. Disponível em <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte IDH. Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**. AGIRES. 1257 (XXIV-o/94), aprovada na sétima sessão plenária, em 09 de junho de 1994.

PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore; PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro**: crime ou 'cortesia'? Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

SCARPATI, Arielle Sagrillo; CECCONELLO, William Weber; BERNARDES, Mônica; BIANCHINI, Sabrina; STEIN, Lilian Milnitsky. Ouvir, respeitar, proteger: recomendações para entrevista com mulheres

vítimas de violência sexual. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 9, n. 3, p. 1257-1296, set.-dez. 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbdpp/a/564sy8Dbn6Q5hsCqcnwTFtj/>. Acesso em: 01 fev. 2024.

SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. **Revista Digital de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 3, n. 3, p. 574-601, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320/116998>. Acesso em: 14 set. 2023.

SOLNIT, Rebecca. **Recordações da minha inexistência**: Memórias. Tradução: Isa Mara Lando. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

TARUFFO, Michele. **Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial**. Proceso, Prueba y Estándar. Santiago de Chile: ARA Editores, 2009.

ENTRE A RETÓRICA PUNITIVISTA E O DIREITO AO TRATAMENTO ADEQUADO: O CASO DA MULHER INTERNADA POR TENTATIVA DE FURTO

Between punitive rhetoric and the right to appropriate treatment: The case of the woman hospitalized for attempted theft⁵⁵

Fernanda Emy Matsuda⁵⁶

Maria Fernanda Marques Gomes⁵⁷

RESUMO

A presente reescrita de decisão judicial em perspectiva feminista propõe uma interpretação alternativa para um acórdão em resposta a recurso de apelação em que é recorrente uma mulher condenada pela prática de furto simples tentado. O acórdão determinou a colocação da mulher em cumprimento de medida de segurança na modalidade de internação pelo prazo mínimo de um ano, contrariando o laudo pericial e a Lei da Reforma Psiquiátrica. Na decisão, tanto os silêncios quanto às expectativas de gênero manifestadas pelo relator dão concretude para a desigualdade entre homens e mulheres, corroborada pela intervenção psiquiátrica e, sobretudo, pela justiça criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Medida de segurança; mulher; periculosidade; reescrita de decisões judiciais em perspectivas feministas.

ABSTRACT

The present rewriting of a judicial decision from a feminist perspective proposes an alternative interpretation for a judgment in response to the appeal in which a woman convicted of attempted theft is the appellant. The ruling determined the placement of the woman in an institution for people with mental disorders for a minimum period of one year, contrary to the expert report and the psychiatric reform law. In the decision, both the silences and the gender expectations expressed by the judge embody the inequality between men and women, corroborated by psychiatric intervention and, above all, by criminal justice.

KEYWORDS: Security measure; woman; dangerousness; rewriting judicial decisions from feminist perspectives.

1. BREVE RESUMO DO CASO

Absolvição imprópria e aplicação de medida de segurança na modalidade de internação em casa de custódia e tratamento, por um período mínimo de um ano, para mulher acusada da prática de furto simples tentado: eis o desfecho da decisão eleita para reescrita. Trata-se de acórdão⁵⁸ proferido pela 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 2020, em face do pedido de reforma da sentença que condenou T.R.N.S. à pena de 10 meses e 26 dias de reclusão no regime fechado e ao pagamento de oito dias-multa no valor mínimo legal.

Segundo o acórdão, T. foi flagrada, em outubro de 2016, ao tentar subtrair 21 frascos de desodorante da loja de uma grande rede de supermercados na cidade de Santos. A recorrente teria colocado os produtos dentro de uma sacola e tentado passar pelos caixas sem efetuar o pagamento, sendo, em seguida, abordada por agentes de fiscalização, após o disparo de alarmes do estabelecimento. Em sede de apelação, a defesa pleiteou a absolvição da ré, baseando o pedido em três teses alternativas: atipicidade da conduta pelo reconhecimento do princípio da insignificância, ocorrência de crime impossível ou insuficiência probatória. De forma subsidiária, a defesa pediu o afastamento dos maus antecedentes e, também, a redução da pena na fração máxima para o crime tentado e a fixação de regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado.

Ao proceder à apreciação do recurso de apelação, a Câmara decidiu, em março de 2018, pela instauração de incidente de insanidade mental e dependência toxicológica. O exame concluiu que T., em decorrência de dependência de *crack* e diagnóstico de transtorno afetivo bipolar, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e seria, portanto,

inimputável. A indicação do laudo foi pela colocação de T. em tratamento ambulatorial. Entretanto, a Câmara julgadora impôs a internação pelo prazo mínimo de um ano, em razão de disposição do art. 97, *caput*, do Código Penal. Além disso, o rechaço ao tratamento ambulatorial se apoiou na “personalidade errática” da paciente, assim como em sua “grande probabilidade de recidiva”, conforme expressões contidas no acórdão.

2. JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA DO CASO

Em primeiro lugar, o acórdão foi escolhido porque possibilita colocar em debate o instituto jurídico-penal da medida de segurança, sanção prevista pelo Código Penal (CP) brasileiro a pessoas a quem se imputa o cometimento de um crime e que não tinham, na ocasião do fato criminoso, capacidade para compreender a ilicitude de seu comportamento ou, ainda, capacidade de se comportar de acordo com essa compreensão. Trata-se de uma resposta polêmica, tendo em vista que a própria Lei atribui à medida de segurança natureza bastante diversa da pena privativa de liberdade: enquanto esta teria como objetivo a ressocialização da pessoa presa – de acordo com o que preceitua a Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/1984) –, aquela teria a finalidade de tratamento da pessoa sobre a qual recai o diagnóstico de doença mental que a torna inimputável.

Para que o propósito terapêutico seja atingido, a Lei prevê duas modalidades de medida de segurança: a internação e o tratamento ambulatorial. Entretanto, não é o quadro de saúde que define qual seria o destino da pessoa capturada pelo sistema de justiça criminal, e, sim, a qualidade da pena prevista na legislação criminal: se há previsão de pena de reclusão, tem-se a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico; se está

estipulada a detenção, tem-se o tratamento ambulatorial. Essa é a posição adotada pela Câmara julgadora no caso em tela, ao arrepio da prescrição contida no laudo elaborado no âmbito do incidente de insanidade mental. Atrelar a espécie de medida de segurança à modalidade de pena prevista na legislação põe em xeque seu caráter terapêutico e representa uma afronta à Lei da Reforma Psiquiátrica (Lei n.º 10.216/2001), que propugna a substituição do paradigma asilar ancorado na hospitalização pela lógica da inclusão das pessoas acometidas de doenças psiquiátricas à sociedade, reservando a internação para situações caracterizadas pela excepcionalidade.

A respeito dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (HCTP), é importante destacar que, a despeito da nomenclatura, seu funcionamento está, desde a sua origem, muito mais atrelado à lógica que orienta o modelo prisional do que aos princípios que regem a atenção à saúde (Carrara, 1998). Instituição notadamente híbrida, o HCTP mescla dispositivos de segurança, voltados para a contenção física (controle da circulação, necessidade de autorização para entrada, vedação à saída, fiscalização dos espaços, imposição de horários etc.), e dispositivos de natureza médica, como intervenção baseada em diagnósticos, realização periódica de exames e perícias, uso de remédios – inclusive medicamentos promotores da chamada contenção química. Dessa maneira, tanto as grades quanto os comprimidos qualificam os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, conferindo um caráter *sui generis* a essas instituições. Não são poucas nem recentes as denúncias em relação ao funcionamento desses espaços: violência institucional, maus-tratos, tortura, excesso de medicamentos, falta de profissionais e de qualificação e violações de direitos previstos na Lei de Execução Penal.

A permanência desses problemas (Diniz, 2013; Cordeiro; Lima, 2014; Grupo de Trabalho Saúde Mental e Liberdade, 2018) demonstra de forma eloquente que a Lei n.º 10.216/2001 não promoveu a mudança cultural necessária para a incorporação de um novo padrão de atuação pelo sistema de justiça criminal. Além de não ter havido a incorporação do paradigma da desinstitucionalização, persiste a imprecisão acerca da duração da internação, que, segundo preconiza o Código Penal, deve perdurar até a cessação da periculosidade, que é atestada por perícia realizada entre um e três anos após o início do cumprimento da medida. A independência da duração da internação em relação à apresentação de melhora no quadro clínico é evidência de que o caráter terapêutico da medida de segurança se perde em meio à racionalidade punitiva.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituição que visa ao aprimoramento da atuação da magistratura no país por meio de medidas de controle e fiscalização e de diretrizes para juízes e juízas, determinou a desativação de hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico. Publicada em fevereiro de 2023, a Resolução procura compatibilizar a Lei da Reforma Psiquiátrica e a atuação da justiça criminal, incluindo aí a execução das medidas de segurança. Com isso, pretende-se que haja o progressivo abandono do recurso à internação e, conseqüentemente, o esvaziamento dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, demanda que vem sendo há muito tempo apresentada pelos movimentos antimanicomiais (Santos; Farias; Pinto, 2015). A Resolução do CNJ se junta a outras iniciativas que pretendem enfrentar os problemas da execução penal pela via do desencarceramento. Ao propor uma nova forma de interpretação da legislação penal, para que esteja em harmonia com as políticas na área de saúde mental, o CNJ certamente colabora

para o inovador reconhecimento dos direitos das pessoas diagnosticadas com doenças psiquiátricas que são cooptadas pelo sistema de justiça criminal.

Em segundo lugar, ao nos debruçarmos sobre a decisão escolhida, temos a oportunidade de contribuir para um campo de estudo ainda pouco explorado: são escassos os estudos que abordam de forma específica os impactos que as relações de gênero promovem na tramitação e nos desfechos dos processos judiciais que determinam a aplicação da medida de segurança. Tema já explorado em diversos estudos, as estratégias do saber médico para a produção da patologização das mulheres se desenvolvem de forma privilegiada no campo da psiquiatria (Cunha, 1989; Engel, 2000). Melissa de Oliveira Pereira (2019) aponta para uma continuidade nos prontuários de pacientes psiquiátricas desde o século XIX até o início do século XXI: a elaboração dos diagnósticos de loucura se valia de “sintomas” como desapego das tarefas domésticas, ausência de desejo pela maternidade, falta de confiança no marido, sensibilidade histérica, choro imotivado, sentimento de culpa, rebeldia e, particularmente, comportamento sexual, incluindo quesitos sobre feiura, lesbianismo ou libido diminuída ou exacerbada. Apontamentos como curiosidade intelectual, dedicação à carreira e independência nas escolhas pessoais, que usualmente eram argumentos em favor dos homens submetidos a exame, serviam para justificar a necessidade de internação das mulheres, o que ainda persiste (Pereira, 2019, p. 47 *et seq.*).

Há uma relação de domínio de caráter estrutural muito clara entre a esfera da psiquiatria e o corpo feminino, na medida em que toda e qualquer mulher que não se enquadre nos padrões de afetividade familiar, maternidade, ambiente doméstico e postura de subalternidade, ameaça, em alguma dimensão,

o ideal da natureza feminina (Matos; Soihet, 2003). Por muitas vezes, teorias respaldadas em premissas relacionadas à determinação natural ou, ainda, à eugenia, foram fundamentais para que a medicina disseminasse que os distúrbios mentais da população feminina estavam diretamente associados à fisiologia de seus corpos e, sobretudo, ao exercício de sua sexualidade, fatores estes que seriam passíveis de controle social (Moura; Popperl, 2019, p. 55-58).

O trabalho de Isabel França (2021), que se voltou para um conjunto de processos judiciais de mulheres acusadas de homicídio e que foram encaminhadas para o cumprimento de medida de segurança na modalidade de internação entre os anos de 2011 e 2022, evidencia a subsistência do machismo atrelado à psiquiatria. A análise empreendida demonstrou que, quando as mulheres questionam os papéis sociais que lhes são tradicionalmente atribuídos, ficam mais propensas à captura pelo sistema de justiça criminal, e, sobretudo, à colocação no hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, pois a ruptura das expectativas de gênero (boa mãe, esposa exemplar, filha zelosa) é considerada um sintoma de doença mental. Por conseguinte, diferentemente do que acontece com os homens, à aferição da periculosidade, fundamento da aplicação da medida de segurança, sobrepõe-se a inquirição sobre a adequação da mulher aos papéis sociais que lhe são conferidos, em especial aqueles que a destituem de autonomia porque centrados na sua condição como membro da família e ao bom desempenho nesse papel. Em consonância com esse raciocínio, é o espaço em que essas funções são exercidas que se entende como o habitat natural da mulher, destino do qual não pode escapar – ao menos não impunemente.

Ao proceder à apreciação do recurso, a

Câmara Criminal não menciona aspectos relativos ao contexto em que a situação ocorreu e em que se insere a mulher acusada da prática de furto – o que, todavia, não significa que esse contexto tenha sido ignorado. A partir do texto decisório é possível identificar a mobilização de elementos concernentes a estereótipos de gênero. Assim, ao apontar que “a acusada fugiu de casa em diversas ocasiões” e que tem “personalidade errática”, o desembargador relator alude a uma imagem idealizada da mulher que pertence ao ambiente doméstico e que se resigna com esse lugar e com tudo que lhe é próprio – inclusive a violência –, em contraste com uma mulher que desafia essa posição em que a colocam: fugitiva, rebelde, indomesticada, indócil, louca. Ao mesmo tempo, há o silenciamento atinente a particularidades das mulheres e, também, a outros marcadores sociais da diferença (Zamboni, 2014), conferindo aparente neutralidade e imparcialidade ao processo de aplicação da lei penal, desatento às vulnerabilidades e à negação de direitos presentes na trajetória da acusada, reduzida à sua patologia e às suas virtualidades (Foucault, 1999, p. 85).

Desse modo, ao se voltar para a realidade das pessoas submetidas à medida de segurança na esfera da justiça criminal, o presente artigo revela os termos do relacionamento entre a justiça e a psiquiatria, evidenciando uma espécie de colaboração seletiva na construção da legitimação da medida de segurança e, ainda, sublinha a recalcitrância do Judiciário perante a Lei n.º 10.216/2001. Mais importante que isso, a reescrita problematiza a mobilização de argumentos relativos a expectativas generificadas para subsidiar a decisão pela internação de T., cuja trajetória espelha a de muitas outras mulheres. Ainda, a reescrita se assenta na ideia de que a categoria *gênero* deve ser problematizada em conjunto com outros vetores de desigualdade, como

classe e raça, em perspectiva interseccional, o que permite uma apreensão mais condizente com a complexidade do fenômeno que se apresenta, muito embora o sistema de justiça criminal, não raro, se encarregue de apartar o fato e as pessoas envolvidas de seu contexto, o que se mostra deletério em uma miríade de situações como a que aqui se aborda.

3. INDICAÇÃO DAS PROBLEMÁTICAS ELEITAS PARA A ABORDAGEM

A despeito de a reescrita em perspectiva feminista ter como foco esmiuçar assimetrias de gênero presentes na prática jurídica, o caso escolhido para este artigo não se enquadra na lista de temas que recorrentemente estão associados à discriminação contra a mulher nos espaços da justiça. A patologização da mulher criminosa por intermédio da imputação da medida de segurança em regime de internação é menos debatida do que outros temas que, levados ao Judiciário, colocam em marcha o sexismo na atuação jurisdicional, ainda que de maneira dissimulada, como crimes sexuais, direitos reprodutivos e relações de trabalho. Nesse sentido, refletir sobre a presença da opressão de gênero em um caso que foge ao padrão do cotidiano da justiça criminal, mais acostumada com a aplicação das penas a pessoas imputáveis, que invoca (e parcialmente rechaça) a participação de outra área do conhecimento na construção da decisão e que é profundamente marcado pela desigualdade de gênero, contribui para a composição desse consistente e prolífico repertório de reescritas em perspectiva feminista⁵⁹.

No acórdão sob análise, a desigualdade entre homens e mulheres se encontra nas entrelinhas do texto, mascarada pela fundamentação respaldada na aplicação técnica da norma, dissociada das condições de

vida da recorrente. Na presente seção, serão abordadas brevemente as principais temáticas que, embora desconsiderada nas bases argumentativas do voto condutor, influenciaram, de maneira direta, o teor da decisão, a saber: (i) como a apelante é retratada e (ii) quem, de fato, pode ser a mulher autora do recurso, a partir de um exercício de imaginação; (iii) por que não houve manifestação sobre a atipicidade da conduta; (iv) por que houve a absolvição imprópria e a imposição da medida de segurança de internação, contrariando a recomendação médica que prescrevia tratamento ambulatorial; e, por fim, (v) se é possível que a medida de segurança escape à inclinação punitivista das práticas da justiça criminal.

As informações disponíveis a respeito da recorrente são muitíssimo escassas. Sua descrição se limita a atribuir a T. uma "personalidade errática", conclusão advinda do fato de T. ter fugido de casa em diferentes ocasiões. Não é inútil frisar que o relator cunha uma expressão que se aproxima daquelas contidas nas anamneses feitas por especialistas da saúde – "personalidade narcísica", "personalidade histriônica" –, o que não parece ser despropositado. De todo modo, na visão do desembargador, esse traço de personalidade foi visto como suficiente para respaldar sua decisão em não acatar a recomendação médica por um tratamento de caráter extra-hospitalar. A isso se conjuga a potencial recidiva, que, por seu turno, não é amparada por nenhum elemento minimamente concreto, mas que, ao se associar com a constatação da periculosidade e a frustração de uma expectativa estereotipada sobre o lugar da mulher, corrobora a contenção por prazo indeterminado de T., enredada pelo sistema de justiça pelo cometimento de crime sem violência ou grave ameaça à pessoa, que não chegou a se consumir e que não trouxe efetiva

lesão ao bem jurídico protegido pelo tipo penal.

Apesar da escassez de informações sobre T., permitimos-nos um exercício de imaginação exatamente a partir daquilo que o documento não traz. A pergunta "quem é essa mulher?" não se refere especificamente a T. e, sim, ao lugar que ela ocupa na sociedade estratificada e caracterizada pelo racismo e pela profunda desigualdade entre homens e mulheres. Para que seja possível desvelar a realidade social vivida e corporificada pela recorrente, consideramos o perfil das mulheres que o sistema de justiça criminal seleciona e os poucos traços presentes na decisão. A partir do texto do voto condutor, depreende-se que a apelante é usuária problemática de drogas, mais especificamente, de *crack*.

Em 2017, estudo feito pela Unidade de Pesquisas de Álcool e Drogas (UNIAD), da Universidade Federal de São Paulo, constatou que, entre pessoas usuárias que circulavam pela região da Luz, no centro de São Paulo, mais de 70% eram pretas e pardas, 67,4% estavam em situação de rua e, desse público, 34,5% eram mulheres, das quais 14,3% estavam grávidas e mais de 70% relataram terem sido vítimas de exploração sexual ou outras violências. Esses dados nos fornecem pistas acerca da influência que aspectos de classe, raça e gênero têm na configuração de um complexo de vulnerabilidade que, muito provavelmente, é experienciado pela recorrente. O que não é dito, portanto, permite elucubrações que preenchem as lacunas da decisão objeto da reescrita.

Uma ausência digna de nota no acórdão consiste na desconsideração do objeto principal da apelação, qual seja, a alegação de que a conduta praticada é atípica, quer pelo reconhecimento do princípio da insignificância, quer do crime impossível. Ao se voltar apenas para a dimensão da culpabilidade, não há na decisão judicial a apreciação dos pedidos formulados pela defesa que dizem respeito à

tipicidade, cuja discussão é requisito para que se avance na ponderação quanto à antijuridicidade e à culpabilidade. Ou seja, despontando a conclusão pela atipicidade, não haveria sequer uma discussão concernente à imputabilidade ou não da agente, mas tão-somente à sua absolvição, de acordo com o raciocínio dogmático que se emprega para o sopesamento dos elementos constitutivos do delito.

Na reescrita, optamos por não discutir a questão da tipicidade pelo simples fato de que nos parece muito razoável dizer que a conduta é atípica, já que não se pode sustentar a relevância penal da tentativa de furto de frascos de desodorante de uma grande rede de supermercados. Essa saída, entretanto, embora acertada, não permitiria o debate acerca dos excessos punitivistas embutidos na escolha pela medida de segurança na modalidade de internação a partir do laudo que atesta a inimputabilidade. Não se pode ignorar, contudo, que a escolha do julgador por não apreciar os argumentos apresentados pela defesa, esquivando-se da demanda por uma reflexão técnica mais sofisticada⁶⁰, demonstra a predileção pelo julgamento moral da mulher, sustentado em bases de solidez questionável como a constatação de “personalidade errática” e “potencial recidiva”.

No mesmo diapasão, o controle social e judicial que se faz do corpo feminino que transgredir ideais socialmente construídos pode ser identificado, no caso em tela, a partir da desautorização do parecer médico, que receita o tratamento medicamentoso em ambiente ambulatorial, e da consequente colocação de T. em medida de segurança de internação, respaldado em uma leitura essencialista da norma penal, em detrimento de sua interpretação à luz do ordenamento jurídico no qual se inscreve a Lei n.º 10.216/2001. A internação, quando naturalizada, vai de

encontro aos princípios basilares de garantia dos direitos das pessoas em sofrimento mental construídos a partir da reforma psiquiátrica. Não há nenhuma avaliação acerca dos impactos que a internação poderia gerar à apelante, como a estigmatização, a descontinuidade de possível vínculo com a equipe e do tratamento já realizado no Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) do território onde mora, a ruptura dos laços comunitários e familiares ou a provável agudização dos sintomas em razão da contenção e da ausência de tratamento adequado.

Instituir a internação como instrumento de controle a uma pessoa acusada de uma conduta de mínima ofensividade faz emergir a sensação de se estar diante de uma série de paradoxos. O primeiro: o parecer no incidente de insanidade mental atesta a inimputabilidade e a recomendação médica é de tratamento ambulatorial. A autoridade judicial acata o parecer quanto à inimputabilidade e, no tocante à indicação do tratamento, prefere não seguir a prescrição médica. O segundo: ao ser diagnosticada com uma doença mental, a apelante se vê mais vulnerável à colocação em uma instituição fechada do que se fosse considerada saudável. O tratamento é pior do que a pena, que consiste na manifestação máxima do monopólio do exercício da violência de forma legítima pelo Estado.

4. INDICAÇÃO DO MÉTODO ADOTADO

O presente artigo propõe uma aproximação inovadora em relação ao sistema de justiça criminal, apoiada em trabalhos que procuram circunscrever o espaço decisório judicial como um locus de produção da verdade que é atravessado por diferentes vetores de desigualdade, como raça, classe e gênero (Alves, 2015; Bonelli, 2023). Em grande medida, esse movimento está alinhado com a crítica

feminista à ciência, que procurou colocar em questão os lugares de produção da ciência e descortinar tanto a neutralidade acadêmica quanto as relações de poder para, com isso, fazer emergir o problema da exclusão das mulheres (Harding, 1987). Diante da constatação desse problema é que se pôde avançar em direção à construção de uma metodologia feminista e, também, de uma epistemologia feminista.

A vantagem de adotar um “ponto de vista feminista” (*feminist standpoint*) no campo do direito está na possibilidade de indagar método, metodologia e epistemologia tradicionais, com vistas à reflexão crítica e, sobretudo, à proposição de novas formas de elaboração legislativa e doutrinária, bem como à reconstrução dos problemas e das respostas no bojo do sistema de justiça. O caráter transformador dessa perspectiva reside no questionamento de uma presunção, ainda atual, de que a maneira de interpretar e aplicar as leis é dotada de neutralidade e, portanto, as decisões são sempre corretas (Severi, 2017). A esse elemento soma-se a ideia de que a avaliação do direito se liga a condições de validade da norma, da natureza universal das leis e da igualdade jurídica, muitas vezes ignorando estruturas históricas, sociais e culturais – como a desigualdade entre homens e mulheres – que orientam essa produção jurídica.

Sob tal perspectiva, a adoção de um método que esteja apto a enxergar a conjuntura atual da esfera jurídica sob as lentes do feminismo torna-se primordial no que diz respeito à efetiva garantia de direitos. Nesse passo, diante de uma transversalidade entre epistemologia e realidade social, a abordagem feminista contesta hierarquias políticas e sociais configuradas nos moldes do Estado liberal e contribui para a desconstrução de assimetrias de poder por meio de uma nova

perspectiva do direito.

Frente a tal cenário, Katharine Bartlett (2020) propõe o método do fazer feminista no direito, através do qual foi estruturada a reescrita do caso estudado no presente artigo. A partir do questionamento acerca do tradicionalismo e da suposta neutralidade que constituem a produção jurídica, a autora preconiza a construção de um raciocínio crítico respaldado na contextualização e criação de consciência, o qual tem como objetivo central tornar palpáveis as diversas maneiras pelas quais a opressão de gênero se encontra disposta na elaboração de textos normativos ou, ainda, no processo de tomada de decisão. À vista disso, sugere a formulação da pergunta pela mulher, expediente adotado para dirigir a atenção para perspectivas de mulheres imersas em uma realidade de exclusão e opressão, que ultrapassa os limites da esfera social e alcança normas e ideologias pertencentes ao mundo jurídico, supostamente imparcial e objetivo:

O método que se utiliza da “pergunta pela mulher” destina-se a expor como a substância da lei pode, silenciosamente e sem justificativa, fazer submergir as perspectivas das mulheres e de outros grupos excluídos.

[...] A pergunta pela mulher desvela as maneiras pelas quais as escolhas políticas e o ordenamento institucional contribuem para a subordinação das mulheres. [...] Trata-se de pergunta que revela que a posição das mulheres reflete mais a organização da sociedade do que características inerentemente femininas (Bartlett, 2020, p. 250-251, p. 256).

O acórdão que é objeto da reescrita silencia sobre as desigualdades e as opressões, sendo possível, entretanto, notar sua presença sub-reptícia muitas vezes nas entrelinhas da decisão. Da forma como o acórdão foi estruturado, a realidade da apelante

em nenhum momento se mostrou relevante ao ponto de ser incluída no texto do documento. Frente a isso, a metodologia que propõe a pergunta pela mulher se mostra crucial para que a hierarquização entre homens e mulheres se torne mais evidente, seja na operacionalização do saber psiquiátrico, seja na idealização do feminino doméstico e domesticado:

[...] perguntar pela criminosa e escrever sobre ela também significa considerar a realidade do que é a escrita penal e dos motivos pelos quais ela se desenvolve dessa forma. Dialogar com o gênero na escrita feminista permite, então, que evidenciemos nosso “objeto” de estudo, sem cair nos mesmos problemas das escritas tradicionais, ou seja, as visões unidimensionais, essencialistas e excludentes (Ferreira; Braga, 2021, p. 332).

Deslocar o foco da conduta praticada e direcioná-lo à compreensão da criminalidade feminina como um todo em nada se relaciona com a pretensão de pleitear uma interpretação mais benéfica para a mulher a quem se imputa o comportamento criminoso. O propósito é engendrar uma reflexão crítica acerca das desvantagens sociais, sobretudo de gênero, classe e raça, que as mulheres capturadas pelo sistema de justiça criminal podem enfrentar. Nas palavras de Bartlett:

Formular a questão pela mulher não significa exigir que a decisão seja favorável a uma mulher, mas requer que o tomador de decisão avalie se há viés de gênero na norma e chegue a uma decisão que seja defensável tendo-se em vista esse viés. [...] A substância do fazer a pergunta pela mulher reside no que ela busca descobrir: a desvantagem que tem base no gênero (Bartlett, 2020, p. 260).

O raciocínio prático⁶¹ associado à pergunta pela mulher, quando comparados a

uma análise jurídica não feminista, identifica, com maior aptidão, fatos que podem ser considerados relevantes ou essenciais no que diz respeito à resolução de um conflito submetido à justiça. Contudo, é importante salientar que, ainda que o raciocínio prático feminista não exija que todo e qualquer fato seja relevante, não se exclui a possibilidade de que fatos inicialmente considerados insignificantes venham a se tornar, em dado momento, significativos. Sob tal perspectiva, a pergunta pela mulher vinculada ao raciocínio prático que cumpre uma abordagem feminista busca, por meio da influência de fatores tanto políticos quanto morais no processo decisório, provocar, em quem se encarrega da tomada de decisão, uma análise reflexiva acerca de fatores de grande relevância no tocante ao caso concreto. Para os fins práticos referentes à reescrita do caso selecionado, a aplicação do método construído por Katharine Bartlett (2020) se mostrou essencial para a problematização da criminalidade feminina enquanto uma patologia social. Portanto, a reescrita elaborada neste artigo procurou direcionar um olhar crítico ao problema jurídico de forma contextualizada, assumindo a perspectiva da mulher que se encontra diante do sistema de justiça.

A seguir, tem-se a reescrita propriamente dita, consubstanciada em voto divergente que dá parcial provimento ao recurso para absolver impropriamente a recorrente e aplicar a medida de segurança na modalidade ambulatorial. Ao estruturar a reescrita sob o formato de um voto divergente, tem-se a possibilidade de instituir um diálogo imediato entre o texto da decisão original e o voto elaborado para o presente artigo, sendo viável contrapor e rebater de maneira mais incisiva os argumentos empregados pelo relator do caso em análise.

Optou-se por construir o novo voto

mediante a refutação direta de trechos do relator – os quais foram, inclusive, destacados ao longo da argumentação – que, por reiterarem juízos morais a respeito da recorrente, merecem reparo. Para isso, buscou-se postular a compatibilidade do Código Penal com a Lei n.º 10.216/2001 (Silva; Levy; Zell, 2020), com base em normativas do Conselho Nacional de Justiça vigentes à época da decisão e, especialmente, escancarar as tensões sociais ocultas pela fundamentação pretensamente neutra da decisão para fazer emergir o mecanismo da psiquiatriação-punição do corpo feminino.

5. REESCRITA

[...]

É o relatório.

Requer-se, no recurso sob apreciação, que seja absolvida a recorrente, em razão da atipicidade da conduta pela observância do princípio da insignificância, ou sob o fundamento da insuficiência probatória ou da ocorrência de crime impossível. Subsidiariamente, pede-se a redução da pena na fração máxima pela figura tentada e a fixação de regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado.

Para melhor análise do caso, reproduzo a fundamentação adotada no voto do relator:

Todavia, não obstante a existência de prova sólida acerca da prática do crime pela insurgente, suficiente para manter a sua condenação, foi realizado o exame de sanidade mental da ré, tendo a perícia concluído que, ao tempo da ação, ela era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, assim como de determinar-se de acordo com esse entendimento, em decorrência de dependência de crack e Transtorno Afetivo Bipolar (fls. 18/21 do apenso próprio), sendo, portanto, absolutamente inimputável, nos termos do

artigo 26 do Código Penal. Portanto, tendo em vista a conclusão constante do laudo de exame pericial a que foi submetida a acusada, impõe-se, de fato, o decreto de absolvição imprópria, nos termos do artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, c.c. o artigo 26, caput, do Código Penal, com imposição de medida de segurança.

Anote-se que, muito embora o laudo tenha indicado como adequado à apelante o tratamento ambulatorial, é certo que, em se tratando de crime apenado com reclusão, impõe-se a medida de segurança de internação, a teor do artigo 97, caput, do Código Penal.

Ademais, observa-se dos autos que a acusada fugiu de casa em diversas ocasiões, sendo que sua própria mãe desconhece seu paradeiro, tanto que foram necessárias diversas diligências para conseguir localizá-la para a realização da perícia nos autos do incidente de insanidade instaurado (Cf. certidões de fls. 24/25 do apenso próprio), o que reforça, ainda, mais, a insuficiência do tratamento ambulatorial, ante a personalidade errática apresentada pela apelante, que por certo abandonaria também o tratamento indicado pelo perito, tudo a indicar, portanto, ser o tratamento de internação o único adequado ao caso concreto (São Paulo, 2020).

O desembargador relator converteu o julgamento em diligência e deu provimento parcial à apelação para absolver imprópria a ré, determinando sua colocação em medida de segurança na modalidade de internação, decisão esta da qual divirjo.

Não obstante tenha sido um recurso interposto em favor de uma demanda individual, tendo como autora uma mulher acusada da prática de uma conduta sem violência ou grave ameaça à pessoa, na forma tentada, que não causou lesão ao bem jurídico protegido, qual seja, o patrimônio da rede de supermercados

em que ocorreu a tentativa de subtração, é forçoso admitir que não se trata de uma situação isolada. O que torna o presente caso, talvez, mais singular, é o fato de a pessoa acusada da prática do crime ter sido declarada inimputável após perícia ensejada pelo incidente de insanidade mental.

O laudo psiquiátrico que atestou o acometimento da apelante por transtorno afetivo bipolar e dependência de *crack* recomendou a medida de segurança na modalidade ambulatorial, pois compatível com o tratamento medicamentoso exigido pelo quadro médico. O relator aceitou o diagnóstico, porém rechaçou a indicação de tratamento ambulatorial em razão do disposto no art. 97 do Código Penal, que associa crime apenado com reclusão à medida de segurança de internação e, com detenção, à ambulatorial. Citou também doutrina que reitera o disposto na Lei ao relacionar a gravidade do delito expressa na pena prevista no tipo penal ao grau de periculosidade do indivíduo: se o crime é apenado com reclusão, maior é a periculosidade do agente que o pratica.

Errou o relator ao refutar a indicação feita em sede do trabalho pericial. A Lei n.º 10.216/2001 (Lei da Reforma Psiquiátrica) é assertiva ao dispor que a internação só é indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes (art. 4º), isto é, deve ser adotada exclusivamente em situações excepcionais, tornando inaplicável o disposto no art. 97 do Código Penal. Esse entendimento encontra respaldo na Resolução CNJ n.º 113/2010, bem como na Recomendação CNJ n.º 35/2011, publicadas com o objetivo de adequar a atuação da justiça criminal à Lei n.º 10.216/2001, asseverando a importância da manutenção da pessoa em sofrimento mental em meio aberto e assistida pelos equipamentos que compõem a rede de atenção psicossocial.

O Brasil é um país que enfrenta o uso de

drogas por meio de aparatos essencialmente repressivos, e não como um problema de saúde pública. A inércia do poder público, que não investe em políticas destinadas à assistência médica e social de pessoas que são dependentes de drogas, deságua no sistema de justiça criminal, como ocorre no caso sob apreciação. Além disso, os vínculos comunitários e familiares, provavelmente já esgarçados pela dependência de drogas e pelo transtorno afetivo bipolar, têm de ser recuperados e não rompidos, o que fatalmente aconteceria com a internação. Desse modo, cabe o questionamento sobre o acesso de T. a qualquer tipo de assistência:

A medida de segurança não pode ser tratada apenas como assunto de segurança pública, de política criminal. É forçoso é imprescindível o reconhecimento dos pacientes judiciários como sujeitos de direito. Enquanto não houver ingerência de políticas públicas de saúde mental no instituto da medida de segurança, os pacientes judiciários continuarão a ser esquecidos, excluídos do convívio social (Prado; Schindler, 2017, p. 647).

É evidente a desproporção entre fato e punição quando se trata da possibilidade de manter sob custódia, por prazo indeterminado, mas não inferior a um ano, para tratamento psiquiátrico, uma mulher acusada da prática de tentativa de furto. A ré, uma vez tendo a sua inimputabilidade atestada, está fadada a tratamento psiquiátrico. Cabe a nós, julgadores e julgadoras, conciliarmos nossas competências jurídicas aos saberes médicos com a finalidade de direcionar T.R.N.S a um tratamento adequado às suas condições, sem que recaiamos na lógica punitivista que impregna a atuação na área criminal.

Assim, ante ao exposto, dou provimento ao apelo defensivo, contudo, em parcial consonância com o posicionamento da

Procuradoria-Geral e do relator, para absolver impropriamente T.R.N.S, com imposição de tratamento ambulatorial na rede de atenção psicossocial até nova avaliação para que se

verifique a necessidade ou não da continuidade do constrangimento ora determinado.

É o voto.

NOTAS DE RODAPÉ

⁵⁵ Submetido em 18 mar. 2024. Aprovado em 17 jun. 2024.

⁵⁶ Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal de São Paulo. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7930-3295w>. E-mail: fematsuda@unifesp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4513663619970521>.

⁵⁷ Discente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de São Paulo. Bolsista PIBIC (2023-2024). E-mail: fernanda.gomes01@unifesp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0996081049664109>.

⁵⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal n.º 0006641-11.2016.8.26.0562. Relator: Desembargador Ricardo Sale Júnior. São Paulo. 20 fev. 2020. Ao contrário dos autos do processo, o acórdão é público e pode ser consultado no site do TJSP: <https://www.tjsp.jus.br/>.

⁵⁹ O projeto "Reescrita de Decisões Judiciais em Perspectivas Feministas no Brasil", em desenvolvimento desde agosto de 2021 sob coordenação da Professora Fabiana Cristina Severi (FDRP-USP), reúne professoras, pesquisadoras e estudantes do direito para reescrever decisões judiciais proferidas por tribunais brasileiros. Dentre os diversos resultados do projeto, destaca-se o livro **Reescrevendo decisões judiciais em perspectivas feministas: a experiência brasileira** (Severi, 2023).

⁶⁰ Os contornos do debate sobre o princípio da insignificância e a complexidade de sua aplicação no contexto brasileiro são tratados em trabalho de Yuri Corrêa da Luz (2012).

⁶¹ "A substância do raciocínio prático feminista consiste na vigilância quanto a determinadas formas de injustiça que, de outra maneira, passariam despercebidas e não seriam objeto de discussão. As feministas se voltam aos métodos contextualizados de raciocínio de modo a permitir que se chegue a um entendimento mais profundo acerca dessas injustiças e que se possa denunciá-las" (Bartlett, 2020, p. 277).

JULGADO OBJETO DA REESCRITA

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (15ª Turma de Direito Criminal). **Apelação Criminal n.º 0006641-11.2016.8.26.0562**. Relator: Desembargador Ricardo Sale Júnior, 20 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13307331&cdForo=0>. Acesso em: 29 out. 2024.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Enedina do Amparo. **Rés negras, Judiciário branco**: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Faculdade de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

BONELLI, Maria da Glória Bonelli; SCIAMMARELLA, Ana Paula; KAHWAGE, Tharuell Lima. Composição de gênero e racial do judiciário e a perspectiva de uma diversidade transformadora da justiça brasileira. In: SEVERI, Fabiana Cristina (org.). **Reescrevendo decisões judiciais em perspectivas feministas**: a experiência brasileira, Ribeirão Preto (SP): IEA/FDRP-USP, 2023, p. 123-148.

BARTLETT, Katharine T. Métodos jurídicos feministas. Tradução de Alessandra Ramos de Oliveira Harden, Adriana Moellmann e Isabela Marques Santos. In: SEVERI, Fabiana Cristina; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; MATOS, Myllena Calasans de. (org.). **Tecendo fios das críticas feministas ao direito no Brasil II**: direitos humanos das mulheres e violências: volume 1, os nós de ontem: textos produzidos entre os anos de 1980 e 2000. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020, p. 243-360.

CARRARA, Sérgio. **Crime e loucura**: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século. Rio de Janeiro: Eduerj; São Paulo: Edusp, 1998.

CORDEIRO, Quirino; LIMA, Mauro Gomes Aranha de (Orgs.). **Hospital de custódia**: prisão sem tratamento – fiscalização das instituições de custódia e tratamento psiquiátrico do Estado de São Paulo. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2014.

CUNHA, Maria Clementina Pereira. Loucura, gênero feminino: as mulheres do Juquery na São Paulo do início do século XX. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 9, n. 18, pp. 121-144, ago/set. 1989.

DINIZ, Debora. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil** – Censo 2011, Brasília: Letras Livres: Editora da UnB, 2013.

ENGEL, Magali. Psiquiatria e feminilidade. In: PRIORE, Mary del (org.). **História das mulheres no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2000.

FERREIRA, Letícia Cardoso; BRAGA, Ana Gabriela Mendes. A “pergunta pela mulher” nas ciências criminais: Contribuições da metodologia feminista para o campo do direito. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 19, n. 32, p. 316-339, set./dez. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRANÇA, Isabel Bezerra de Lima. **Mulheres infratoras**: insanidade e periculosidade no Judiciário de São Paulo. 2021. Tese (Doutorado em Ciências Humanas e Sociais), Universidade Federal do ABC, São Bernardo do Campo, 2021.

GRUPO DE TRABALHO SAÚDE MENTAL E LIBERDADE. **Hospitais-prisão**: notas sobre os manicômios judiciais de São Paulo. São Paulo: Pastoral Carcerária, 2018.

HARDING, Sandra. Is there a feminist method? In: **Feminism and Methodology**. Bloomington, IN: Indiana University Press, 1987, p. 2-14.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. Direito penal da loucura: medida de segurança e reforma psiquiátrica. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 67-85, 2004.

LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 203-34, jan.-jun. 2012.

MATOS, Maria Izilda Santos de; SOIHET, Rachel. **O corpo da mulher em debate**. São Paulo: Editora Unesp, 2003.

MOURA, Bruno Henrique; POPPERL, Mariana Soares. Belas, recatadas e loucas: mulheres no Manicômio Judiciário de São Paulo. **Humanidades em Diálogo**, São Paulo, v. 9, 2019, p. 53-65.

PEREIRA, Melissa de Oliveira. **Mulheres e Reforma Psiquiátrica Brasileira**: experiências e agir político. 2019. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2019.

PRADO, Alessandra Mascarenhas; SCHINDLER, Danilo. A medida de segurança na contramão da Lei da Reforma Psiquiátrica: sobre a dificuldade de garantia do direito à liberdade a pacientes judiciais. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 628-652, 2017.

SANTOS, Ana Luiza Gonçalves dos; FARIAS, Francisco Ramos de; PINTO, Diana de Souza. “Por uma sociedade sem hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico”. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 4, p. 1215-1230, out.-dez. 2015.

SEVERI, Fabiana Cristina (org.). **Reescrevendo decisões judiciais em perspectivas feministas: a experiência brasileira**. Ribeirão Preto: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2023.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Enfrentamento à violência contra as mulheres e à domesticação da Lei Maria da Penha**: elementos do projeto jurídico feminista no Brasil. 2017. Tese (Livre Docência em Direito público) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

SILVA, Érica Quinaglia; LEVY, Beatriz Figueiredo Levy; ZELL, Flávia Siqueira Corrêa. Mulheres perigosas: a dualidade desviante das loucas infratoras. **Anuário Antropológico**, [S. l.], v. 45, n. 2, p. 28-53, maio-agosto/2020.

ZAMBONI, Marcio. Marcadores sociais da diferença. **Sociologia: Grandes Temas do Conhecimento**, [S. l.], v. 1, p. 14-18, 2014.

PROVA CABAL E INEQUÍVOCA DE ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: O FORMALISMO JURÍDICO COMO MECANISMO DE SILENCIAMENTO DA VÍTIMA

Hard evidence of sexual harassment in the workplace: legal formalism as a mechanism of silencing the victim⁶²

Bruna de Vasconcellos Torres⁶³

João Pedro de Lima Campos⁶⁴

Sophia Sueli Santos Appolonio⁶⁵

Victor Florencio Ribeiro de Adorro⁶⁶

Yasmin Talarico Babadobulos Souza⁶⁷

RESUMO

O presente trabalho analisa uma decisão de segunda instância da Justiça do Trabalho, em demanda de assédio sexual sofrida por uma jovem aprendiz à época, propondo sua reescrita com enfoque em uma perspectiva feminista, uma vez que a referida decisão desconsiderou as tendências jurisprudenciais de distribuição dinâmica do ônus da prova em casos de assédio sexual, bem como outros fatores jurídicos e extrajurídicos, como marcadores sociais de raça, gênero e classe social. Desta forma, com a nova perspectiva de análise da lide, buscou-se atribuir maior peso probatório às declarações da vítima, demonstrar a possibilidade de ampliação do escopo de provas por perícia psicológica e maior adaptação ao caso concreto, considerando os recortes de vulnerabilidade da vítima. O método adotado para a reescrita foi a elaboração de voto divergente, a partir de cinco técnicas metodológicas descritas por Júlia Marçal Silva em "Reescrevendo Decisões Judiciais em Perspectivas Feministas". Essas técnicas incluem a avaliação dos efeitos de construções jurídicas em termos de gênero, valorização da experiência da vítima, uso de materiais jurídicos e extrajurídicos, consideração de marcadores sociais de diferença e aplicação contextual das regras de interpretação da lei.

PALAVRAS-CHAVE: Reescrita feminista; decisão judicial; Justiça do Trabalho; assédio sexual; jovem aprendiz.

ABSTRACT

This paper analyzes a second-instance decision from the Labor Court in a case of sexual harassment suffered by a *young apprentice* at the time, proposing its revision with a focus on a feminist perspective, as the aforementioned decision disregarded

the jurisprudential trends of *dynamic burden of proof distribution* in cases of sexual harassment, as well as other legal and extralegal factors, such as social markers of race, gender, and social class. Therefore, with the new perspective on the case, the aim was to assign greater evidentiary weight to the victim's statements, illustrate the potential for expanding the range of evidence through psychological evaluation, and ensure greater adaptation to the specificities of the case, considering the victim's vulnerabilities. The method adopted for the revision was the drafting of a dissenting opinion, based on five methodological techniques described by Júlia Marçal Silva in "Reescrevendo Decisões Judiciais em Perspectivas Feministas" (*Rewriting Judicial Decisions from Feminist Perspectives*). These techniques include the evaluation of the effects of legal constructions in terms of gender, the valorization of the victim's experience, the use of legal and extralegal materials, consideration of *social markers of difference*, and the application of the rules of legal interpretation in context.

KEYWORDS: Feminist rewriting; judicial decision; labor court; sexual harassment; young apprentice.

1. BREVE RESUMO DO CASO

A presente proposta de reescrita tem por objeto o acórdão que julgou o Recurso Ordinário Trabalhista n.º 0010743-93.2019.5.03.0002, negando provimento ao recurso da reclamante contra sentença denegatória de seus pedidos. Trata-se de reclamação trabalhista por assédio sexual proposta por uma ex-aprendiz, sete meses após seu desligamento. A contratação da reclamante como jovem aprendiz derivou de sua condição como menor em situação de risco social. Conforme relata a petição inicial, a reclamante alegou ter sofrido assédio sexual de seu superior hierárquico, funcionário da segunda reclamada. Ainda, o agressor teria realizado diversas investidas, cujo ápice teria sido a ocorrência de um abuso físico e verbal, ao final do contrato de aprendizagem da reclamante: o superior ter-lhe-ia dado um tapa nos glúteos e a chamado de "gostosa". Segundo a reclamante, a situação traumatizou-a a tal ponto que ela passou a desenhar a figura do assediador com frequência, além de ter sofrido dificuldades de reinserção no mercado de

trabalho, por medo de que pudesse voltar a sofrer esse tipo de assédio.

2. JUSTIFICATIVA PARA A ESCOLHA DO CASO

A jurisprudência entende o assédio sexual como ato de difícil prova, pois normalmente ocorre às escondidas, com consciente esforço do assediador em isolar a vítima e dissimular suas investidas como atos mal interpretados ou desprovidos de má-intenção. Diante da decisão eleita para reescrita, pergunta-se: a quem interessa essa visão formalista de aparente neutralidade?

Ademais, há o silenciamento da narrativa da vítima na decisão original. Os depoimentos da autora e os das testemunhas e os desenhos feitos pela autora foram sumariamente descartados, não sendo dignos de mais do que um parágrafo genérico por parte dos julgadores.

Por fim, a autora da demanda é interpelada por diversos marcadores sociais: trata-se de (i) uma mulher (ii) negra, com (iii) histórico de vulnerabilidade social, que, ao (iv) completar 18 anos, buscou sua (v) primeira

inserção no mercado de trabalho por meio do (vi) programa de jovem aprendiz. Ademais, o agressor era um (i) homem (ii) branco (iii) com mais de dez anos de diferença em relação à vítima e (iv) ocupando cargo hierarquicamente superior ao dela.

3. PROBLEMÁTICAS ELEITAS PARA ABORDAGEM

Na análise do referido acórdão, identificaram-se quatro problemáticas principais, abaixo descritas, que revelam a inadvertência do julgador quanto às questões de gênero, inclusive no que diz respeito à utilização de tal prisma para fundamentar a correta aplicação do Direito.

3.1 VALORAÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

A problemática central diz respeito à rigidez probatória a que foi submetida a reclamante, tendo em vista que a negação do pedido de indenização por danos morais e assédio apresentado pela autora adveio da desconsideração de seus depoimentos, assim como os das testemunhas, e dos desenhos juntados como fonte para comprovar a ocorrência do assédio.

Dispôs o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 3ª Região, na decisão, que:

o assédio sexual não pode ser presumido a partir do relato da vítima, sendo conduta que exige prova cabal e inequívoca do ilícito praticado no ambiente de trabalho, cujo ônus da prova é do trabalhador(a), o que não se verificou no caso (Brasil, 2021).

Assim, evidencia-se a necessidade de se buscarem novos métodos de produção de provas pelas partes e pelo Judiciário Trabalhista – a exemplo da perícia psicológica.

3.2 O ILÍCITO TRABALHISTA E A DESNECESSIDADE DE REITERAÇÃO DA CONDUTA

Um dos argumentos apresentados pelo julgador para embasar o indeferimento do pedido foi a ocorrência única, sem constância no tempo. Segundo essa premissa, ainda que o ato de violência sofrido restasse comprovado, somente ele não seria suficiente para caracterizar o assédio, tendo em vista a necessidade de reiteração da conduta para configuração do ilícito.

Contudo, destaca-se que o assédio sexual é uma figura muito vasta no Direito, impactando diversas divisões desta área do conhecimento e assumindo mais de um conceito: ilícito penal (Código Penal, art. 216-A), ilícito civil (Código Civil, art. 186), ilícito trabalhista (CLT, art. 482, “b”), além de ser considerado causa de violência contra a mulher pela Convenção Interamericana de Belém do Pará (art. 2º, b), diploma legal ratificado pelo Brasil por meio do Decreto de Promulgação n.º 1973, de 1º de agosto de 1996.

Assim, embora no âmbito penal entenda-se, como regra geral, que há a necessidade de insistência do autor, isto é, de repetição da conduta delitiva, para que se possa ver caracterizado o assédio sexual; no contexto da Justiça do Trabalho, a reincidência não é um requisito.

Ademais, além da necessária separação entre as esferas do Direito, destaca-se o texto disciplinado na Convenção n.º 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 2019), que expressamente determina que a violência no ambiente de trabalho é caracterizada tanto em condutas isoladas, como repetitivas⁶⁸.

3.3 CONDIÇÃO DE JOVEM APRENDIZ

A reclamante alegou, ainda, que o

trauma decorrente do ocorrido fez com que desenvolvesse problemas para se reinserir no mercado de trabalho. Percebe-se que não foi cumprido o art. 428 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com redação dada pela Lei n.º 10.097/2000 (Lei da Aprendizagem), pois a empresa falhou em fornecer à autora formação técnico-profissional que a preparasse para o mercado. A posição de menor aprendiz visa à inclusão social do jovem, entre 14 e 24 anos, para que ele possa desenvolver suas competências plenamente e tal atividade mostrava-se ainda mais importante para a autora, tendo em vista sua vida pregressa.

3.4 RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA

Ambas as reclamadas alegaram ilegitimidade passiva, buscando afastar completamente sua responsabilidade pelo assédio. Enquanto a B.B.S.A. argumenta que a reclamante “jamais fora contratada” pela instituição, “nem mesmo através de pessoa ou empresa interposta”, a C.I.E.E. se defende dizendo ser empregador meramente formal, uma vez que os serviços da reclamante foram prestados nas dependências da B.B.S.A. e exclusivamente em seu favor.

É dizer, as reclamadas quiseram fazer crer que a jovem aprendiz não estava sob responsabilidade nem de uma empresa, nem de outra. Ora, se reputadas verdadeiras as alegações trazidas por ambas as reclamadas, qualquer responsabilização pelo dano sofrido pela aprendiz no ambiente de trabalho seria impossível, pois, sob tais premissas, só poderia figurar no polo passivo a figura etérea de um contratante imaginário.

Porém, o que se observa é que, além da impossibilidade óbvia de ausência de vínculo jurídico com as duas empresas – afinal, alguém certamente se beneficiou dos serviços prestados pela aprendiz –, ficou comprovado

nos autos que ambas possuíam obrigação contratual. Como será explorado mais a frente, seja pela apreciação do contrato de aprendizagem entre reclamante e reclamadas ou do contrato firmado exclusivamente entre as duas reclamadas (em que a primeira se obrigava a fornecer jovens aprendizes à segunda), seja pela vantagem auferida com a contratação, há vínculo material e formal de trabalho com ambas as reclamadas.

4. MÉTODO ADOTADO

O método adotado para a reescrita foi a elaboração de voto divergente. Os capítulos reelaborados são: Relatório; Juízo de Mérito; e Conclusão, esta renomeada como “dispositivo”. O Juízo de Admissibilidade não foi reproduzido e o capítulo Honorários Advocatícios foi retirado, tendo em vista as determinações da parte dispositiva da reescrita.

Já sob o ponto de vista da reescrita feminista de decisões judiciais, à luz da bibliografia que vem se construindo sobre o tema, a presente reescrita tem por objeto decisão de segunda instância em demanda trabalhista por assédio sexual contra jovem aprendiz, para o que se elegeram cinco técnicas metodológicas como as mais adequadas para o caso, dentre aquelas descritas por Júlia Marçal Silva na obra “Reescrevendo Decisões Judiciais em Perspectivas Feministas”, conforme descritas abaixo.

4.1 A PERGUNTA PELA MULHER E PELO GÊNERO

Muitas decisões reescritas se utilizam da pergunta pela mulher para identificarem os efeitos em termos de gênero de construções e práticas jurídicas aparentemente neutras (Silva, 2023, p. 81).

Uma das motivações para a decisão foi

a suposta falta de provas que embasassem as acusações da autora. Nesse sentido, optou o Juízo por uma posição formalista rígida de ônus da prova, pelo qual aquele que alega deve provar, sem ter questionado se o caso concreto permitia provas tão cabais ou se uma parte estava em melhor posição para providenciar as provas.

Dessa maneira, é necessária a análise pela perspectiva dos efeitos negativos que tal posição excessivamente formalista frente ao caso concreto traz à realidade. Tais são o silenciamento da vítima, a desmotivação a futuras denúncias e a continuidade da postura dos assediadores, que não veem freios jurídicos para seus atos (importa notar aqui não ser possível saber se o funcionário da segunda ré realmente cometeu ou não o ato a ele imputado pela autora, mas a postura displicente de ambas as instâncias para com o caso tem efeitos que extrapolam as partes nele envolvidas).

4.2 NARRATIVA FEMINISTA

segundo Hunter, prestar atenção de perto nas pessoas envolvidas, geralmente dando voz a mulheres que foram silenciadas, ou ao menos colocadas de lado (Ibid., p. 82).

Diante do silenciamento da narrativa da vítima, a busca por valorizar o que foi trazido pela autora é um exercício fundamental neste processo de reescrita, emprestando o devido peso à experiência relatada na inicial e às provas juntadas e, na medida em que esses elementos deixem lacunas, utilizar-se das ferramentas disponíveis ao Juízo para preenchê-las – como seu poder instrutório (Vaz; Oliveira; Bach, 2014, p. 3-6) para determinar a perícia psicológica –, possibilitando que aflore nos autos aquilo que havia ficado latente na narrativa apresentada.

4.3 O USO DE MATERIAIS JURÍDICOS E EXTRA-JURÍDICOS

Afirma Marçal que os projetos internacionais se utilizaram tanto de materiais jurídicos quanto extrajurídicos para sustentarem as suas reescritas. Os primeiros são os classicamente utilizados pelos operadores do direito. Já os segundos consistem em

[...] outros materiais além daqueles convencionais, os projetos reivindicam o uso de materiais contextuais jurídicos, sociojurídicos, da ciência social, históricos, da medicina e da literatura teórica feminista, bem como o uso do conhecimento comum feminista sobre as realidades de vidas das mulheres (Silva, 2023, p. 85).

Os materiais jurídicos utilizados incluem: a teoria da valoração dinâmica do ônus da prova; o poder instrutório do juiz do trabalho; a jurisprudência pertinente ao caso; a legislação; a doutrina; a Convenção 190 da OIT (2019); e as diretrizes do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2021).

Já dentre os materiais extrajurídicos utilizados estão: a disciplina do Conselho de Psicologia; textos multidisciplinares sobre a utilização de perícia psicológica para casos de investigação de abuso no ambiente de trabalho; e manuais de conduta tanto de órgãos públicos quanto da segunda reclamada no processo – a B.B.S.A.

Cumprе referir, ainda, que a utilização de elementos extrajurídicos possibilita a superação da agenda positivista de mera subsunção do fato à norma. Cuida-se de defender que o assédio sexual, conquanto ilícito em diferentes âmbitos do direito, gera efeitos para além da esfera jurídica. Nesse sentido, a presente reescrita atribui a devida impor-

tância à subjetividade da vítima – mas não sua subjetividade jurídica: mais que uma “reclamante”, trata-se de uma pessoa. Uma mulher cujos sonhos foram invadidos pela violência sofrida e que merece reparação, para que possa voltar a sonhar.

4.4 INTERSECCIONALIDADE

desafiar uma análise de uma só dimensão foi visto como essencial, uma vez que ajudou a garantir que questões como raça, pobreza, deficiência, classe, sexualidade, identidade nacional e status migratório, e suas respectivas intersecções, fossem também entendidas como questões que afetam as vidas das mulheres (Silva, 2023, p. 88).

A somatória dos marcadores sociais da diferença que interpelam a autora da demanda incumbia aos Juízos envolvidos a mais diligente conduta, com a utilização de todas as ferramentas disponíveis para averiguar a veracidade ou não do ali narrado e a fazer cumprir os princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito à proteção das mulheres, das pessoas racializadas, dos jovens, dos vulneráveis e dos trabalhadores.

4.5 FORMALISMO JURÍDICO

Outra estratégia mais formalista, de acordo com as autoras, é cuidadosamente aplicar as regras de interpretação da lei a fim de corrigir o resultado de um caso ou uma má compreensão do significado de uma provisão legislativa (Ibid., p. 89)

Em um primeiro momento, pode parecer contraditório adotar essa metodologia frente à crítica feita anteriormente ao formalismo adotado pelo Juízo. Mas ali temos um formalismo cego, que limita a análise da lei ao não levar em conta o caso concreto e, portanto,

não aplica formalmente os instrumentos do direito, mas de maneira injusta e tecnicamente pobre.

Busca-se, na reescrita, aplicar de forma precisa e *in concreto* esses instrumentos. É por isso que se cobra uma postura mais detida e, onde necessária, mais proativa/militante dos Juízos em questão. Aqui, do método formalista surge a busca pela aplicação da definição de assédio sexual mais pertinente ao caso (o da área trabalhista, e não da penal), a análise das responsabilidades legais e contratuais das reclamadas, a busca pela aplicação da valoração dinâmica do ônus da prova (de modo a não tornar diabólica a prova nem para a parte autora, nem para a parte ré) e também pelo dever que tinha o Juízo em demandar a correta perícia técnica nos desenhos providenciados pela autora e a perícia psicológica para se verificar se a autora realmente havia passado por uma situação traumática. Tivesse o Juízo assim procedido, a decisão poderia ter sido mais adequada e justa, independentemente do resultado alcançado.

4.6 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E ANONIMIZAÇÃO

Diante da natureza do caso, a anonimização dos dados pessoais de parte dos sujeitos processuais ganha relevância ao se buscar a justiça frente a um caso em que a vítima não obteve a reparação dos danos sofridos. A anonimização de dados pessoais contempla as regras contidas na Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei n.º 13.709/2018); na Constituição Federal, no que tange à valorização da dignidade da pessoa humana e à proteção especial conferida à infância e à juventude; e reitera o sentido sociológico presente no método de reescrita de decisões judiciais em perspectiva de gênero.

No caso da metodologia de reescrita de

decisão judicial em perspectiva de gênero ora selecionada, pergunta-se, principalmente, pela mulher e pelo gênero e busca-se criticar o formalismo jurídico enquanto instrumento de reprodução de situações de injustiça de gênero. Para este objetivo, não é fundamental a divulgação de dados como o nome da vítima e outros que eventualmente possibilitem sua individuação (como suas iniciais), pois a crítica à reprodução de opressões pelo sistema judicial é estrutural e atinge a coletividade. Em outras palavras, a situação aqui analisada não diz respeito a uma aplicação inadequada do direito em um caso particular, mas serve como indicativo de uma lógica geral orientadora da formação da consciência dos magistrados no país.

Em razão de todo o exposto, nesta reescrita feminista os dados pessoais da vítima foram anonimizados, conforme o art. 7º da LGPD, que prevê a possibilidade de tratamento de dados por órgãos de pesquisa, incluindo as universidades, combinado com os arts. 11 e 12 da LGPD, ao indicar que a anonimização deve ser utilizada sempre que possível e que dados anônimos não serão considerados dados pessoais para os fins da referida lei. No contexto desta reescrita, procede-se à anonimização de dados com vistas a prevenção da discriminação e eventual estigmatização da pessoa cujo dado será publicamente veiculado no ambiente acadêmico.

5. REESCRITA

RELATÓRIO

Trata-se, inicialmente, de reclamação trabalhista por assédio sexual, em face da C.I.E.E. e da B.B.S.A. (primeira e segunda reclamadas, respectivamente). A ação foi proposta por uma ex-aprendiz, sete meses após seu desligamento. No contrato

de aprendizagem, figuravam a C.I.E.E. como empregadora e a B.B.S.A. como estabelecimento cumpridor da cota legal de aprendizes.

A contratação da reclamante como jovem aprendiz derivou de sua condição como menor em situação de risco social. Consta da petição inicial que a recorrente vivia em abrigo de menores e foi encaminhada ao mercado de trabalho quando do atingimento da maioria, tendo o contrato de aprendizagem sido celebrado em fevereiro de 2017.

Conforme relata a inicial, a reclamante alega ter sofrido assédio sexual de seu superior hierárquico, funcionário da segunda reclamada. Segundo alega a recorrente, o agressor realizou diversas investidas, com “excesso de toques e abraços na reclamante”, que, apesar de incomodada com tal conduta, não tinha maturidade e experiência suficientes para compreender a dimensão do que estava acontecendo. O comportamento inadequado do funcionário teria se agravado, tendo como ápice um episódio de abuso físico e verbal, ocorrido ao final do contrato de aprendizagem da reclamante: o superior ter-lhe-ia dado um tapa nos glúteos e a chamado de “gostosa”.

Consta dos autos que a jovem aprendiz teria solicitado ao gerente da agência o afastamento do assediador – o que não aconteceu, de modo que ela teve de continuar a conviver com ele. Alega ainda que a situação a traumatizou a tal ponto que ela passou a desenhar a figura do assediador com frequência, além de desenvolver dificuldades para sua reinserção no mercado de trabalho, por medo de ser novamente violentada.

Diante dos fatos relatados, a recorrente pede: i) preliminarmente, a não aplicação da Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista); ii) justiça gratuita; iii) os pertinentes ofícios aos órgãos competentes; iv) o julgamento procedente da reclamação, com condenação

solidária ou subsidiária de ambas as reclamadas ao pagamento de indenização por danos morais e assédio, no valor de R\$40.520,00 (quarenta mil, quinhentos e vinte reais).

Em contestação, a C.I.E.E. alegou ser empregador supletivo, ou “meramente formal”, por ser entidade sem fins lucrativos e pelo fato de que as atividades da recorrente se deram todas em favor da B.B.S.A. Argumentou, assim, sua ilegitimidade passiva e, no mérito, remeteu à falta de nexo causal entre qualquer conduta da C.I.E.E. e “algum assédio” de que a recorrente possa ter sido vítima, conforme consta na peça contestatória.

A B.B.S.A., por sua vez, também alega ilegitimidade passiva, vez que a C.I.E.E. era o empregador no contrato de aprendizagem. No mérito, a segunda recorrida defendeu: i) a necessidade de a recorrente comprovar ter prestado serviços em suas dependências e em seu favor; ii) a ausência de responsabilidade solidária entre as recorridas; iii) a aplicação da Reforma Trabalhista; iv) a ausência de provas do “suposto dano moral”.

O Juízo de primeira instância afastou as preliminares de ilegitimidade passiva e deferiu o pedido de justiça gratuita. No mérito, julgou improcedente o pedido de danos morais e assédio, por falta de elementos suficientes para reconhecimento do dever de indenizar das reclamadas.

Contra a sentença, a reclamante opôs embargos de declaração, os quais foram conhecidos e julgados improcedentes, e, ato contínuo, interpôs o presente recurso ordinário.

É o relatório.

JUÍZO DE MÉRITO

A reclamante se insurge contra a decisão que negou o pedido de danos morais

por entender que a ocorrência do episódio de assédio não ficou comprovada, requerendo, assim, a reforma desta.

A carga probatória, segundo a decisão de primeira instância, caberia à autora da ação trabalhista; esta teria falhado em sua missão ao apresentar apenas três testemunhas que não presenciaram os fatos narrados na petição inicial.

Segue trecho extraído da r. sentença (fls. 504-505):

No caso em apreço, não há elementos suficientes para se reconhecer o dever de indenizar da reclamada, uma vez que a conduta ilícita do preposto do segundo réu não foi comprovada, ônus que cabia à autora.

[...] As três testemunhas ouvidas sobre a matéria informaram que só tiveram conhecimento do fato específico que ensejou o pedido de indenização (tapa e chamamento por adjetivo pejorativo) por informações da própria reclamante, não havendo como se reconhecer valor probandi a esses depoimentos, uma vez que eles se configuram tão somente a repetição do relato inicial.

Com o devido respeito ao Juízo a quo, tal decisão merece reforma.

Há entendimento jurisprudencial e doutrinário consolidado no sentido de que o assédio sexual é **um ilícito de difícil comprovação**, tendo em vista que, na maior parte das vezes, ocorre **longe do olhar de terceiros**, de forma sigilosa. Ademais, o assediador pode agir de forma insidiosa, retardando o entendimento da vítima a respeito do que de fato está ocorrendo e fazendo com que duvide de si mesma, o que pode dificultar a obtenção de provas documentais.

É preciso ainda destacar que o assédio sexual gera constrangimento para a vítima, o que a leva, muitas vezes, a esconder o ocorrido

por medo do julgamento alheio. Desta forma, o corpo jurídico tem atuado para desincumbir a pessoa agredida de seu encargo probatório, por meio da aplicação do art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e do art. 333, I, do Código de Processo Civil (CPC).

Nesse sentido:

[...] a prova do assédio sexual é excessivamente difícil de ser produzida pelo assediado, uma vez que o autor do assédio normalmente efetua as investidas às escondidas, referido crime não chega ao conhecimento de terceiros, pois a própria vítima se esforça para que isso não ocorra. (Reis; Melo, 2019)

Verifica-se, de igual maneira, que a jurisprudência tem apresentado reiteradamente posicionamentos favoráveis a tal visão do ônus probatório:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ASSÉDIO SEXUAL PRATICADO POR COLEGA DE TRABALHO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. [...] É certo que o ônus da prova incumbe à parte que alega (art. 818, CLT), sendo da vítima do assédio o encargo de provar sua ocorrência, não podendo ser presumida. No entanto, a prova deve ser flexibilizada nesse aspecto, porquanto consciente o assediador da natureza abominável de seus atos, realiza-os de forma furtiva, longe do alcance de câmeras de vigilância e de olhares de terceiros, mostrando-se o ilícito de difícil comprovação em juízo. Desta feita, a jurisprudência é pacífica em dispensar prova robusta do assédio sexual, entendendo-se comprovado apenas com a mera prova indiciária. Em se tratando de uma espécie de prática contra a liberdade sexual, normalmente o assédio não tem testemunha ocular, devendo neste tipo de conduta ser valorado o depoimento da vítima, juntamente com indícios e presunções.

(AIRR-XXXXX-55.2012.5.04.0541, 7ª Turma, Relator Desembargador Convocado Arnaldo Boson Paes,

DEJT 17/10/2014) (grifou-se).

ASSÉDIO SEXUAL. ÔNUS DA PROVA. Não se pode exigir da vítima de assédio sexual prova robusta, porquanto a ação do agente na maioria das vezes é velada, discreta, sem a participação de outras pessoas.

(TRT12 – ROT – XXXXX-27.2017.5.12.0034, Rel. José Ernesto Manzi, 3ª Câmara, Assinatura em 31/07/2020).

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ASSÉDIO SEXUAL – CONSTELAÇÕES DE INDÍCIOS – CARACTERIZAÇÃO. Para a indenização por danos morais tendo como causa de pedir o assédio sexual é incabível a exigência de prova cabal e ocular dos fatos, uma vez que o assédio sexual, por sua natureza, é praticado, estrategicamente, às escondidas. Se houver fortes e diversos indícios apontando para a conduta abusiva do ofensor, deixando evidente o constrangimento reiterado sofrido pela vítima, pode-se concluir pela caracterização do assédio sexual, ou seja, a partir da constelação de indícios tem-se por configurada a prática do ilícito e o consequente deferimento do pleito indenizatório (TRT3 – ROT – XXXXX-13.2010.5.03.0129).

Em analogia a casos de assédio moral, pode-se mencionar ainda:

Ocorre que nos casos de assédio moral é extremamente difícil para a vítima conseguir provar suas alegações. Prevalece nas Varas do Trabalho o entendimento de que tal dano só poderia ser provado através de prova testemunhal ou documental. Naturalmente é pouco provável que tais fatos sejam documentados, quanto à testemunha esta tem consciência dos fatos ocorridos no ambiente de trabalho, mas não do que se passa no íntimo da vítima, pois apenas a mesma terá consciência do sofrimento e dor despendidos com as agressões (Etchezar, 2019).

Ao analisar o caso, percebe-se que a própria autora indicou, na petição inicial, sua dificuldade em produzir provas, o que foi completamente desconsiderado na r. sentença combatida: "Aduz que a produção de prova neste caso é demasiada difícil, sobretudo para a vítima, já que muitas vezes a agressão ocorre de maneira velada e sem vestígios ou testemunhas".

Conclui-se que a própria natureza da conduta cria um excessivo encargo probatório para a autora. Por essa razão causa, com fulcro no art. 818 da CLT, em redação conferida pela Lei n.º 13.467/17, imperiosa a distribuição dinâmica do ônus da prova, diante "de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo".

Por outro lado, ao mesmo tempo que não é possível exigir da reclamante uma prova robusta, não se pode simplesmente inverter o ônus da prova, sob o risco de obrigar o empregador a produzir uma prova diabólica. Frente a esta problemática, a doutrina explicita algumas metodologias, de modo a assegurar os princípios do contraditório e da ampla defesa de que trata o art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988:

a) confere valor especial ao depoimento pessoal da vítima; b) reconhece legalidade à gravação da conversação comprobatória do assédio, enquanto meio de prova; c) admite a comprovação da alegação de assédio sexual por prova indireta, assim considerada a existência de antecedentes do assediador acerca dessa espécie de fato; d) aceita a comprovação do assédio sexual por prova indiciária, porquanto a prova direta do fato é praticamente impossível, em razão de que o assédio sexual é espécie de ilícito clandestino; e) estimula o juiz a utilizar-se das máximas da experiência (CLT, art. 852-D; CPC, art. 335); f) valoriza juízos fundados em indícios e presunções, amplificando a potencialidade

produtiva ínsita à formação de convencimento por verossimilhança das alegações (Claus, 2012; grifou-se).

Neste sentido, ao invés de simplesmente negar o provimento do pleito da autora por ausência de prova, entende-se que, no caso vertente, uma solução verdadeiramente justa e consentânea com o ordenamento jurídico e os princípios específicos do direito do trabalho deveria perpassar pela análise de toda a constelação de indícios, conferindo valor especial ao depoimento da vítima; valorando os testemunhos dos colegas de trabalho – que, no mínimo, alegaram que a reclamante já havia relatado o ocorrido à época dos fatos, afastando alegações de oportunismo; admitindo a procura do histórico do suposto assediador, por meio de relatos de antigos empregadores e colegas de trabalho, bem como a busca de seu nome em bancos de dados de processos trabalhistas, criminais e cíveis; e determinando a realização de perícia psicológica (i) sobre a vítima, a fim de avaliar se ela apresentava um quadro de sintomas típicos de vítimas de assédio, tais como depressão, irritabilidade, sentimento de insegurança, hipersensibilidade, pesadelos, isolamento, cansaço e debilidade, síndrome do pânico e angústia, e (ii) sobre os desenhos juntados aos autos.

Destaca-se que a perícia psicológica, frente à dificuldade probatória em casos de assédio sexual, seria essencial para que o direito não se tornasse um instrumento de revitimização e invisibilização da vítima.

Nesse mesmo sentido, o magistrado Ben-Hur Silveira Claus (2012) conta sobre sua experiência com a utilização das perícias psicológicas em ações de assédio sexual:

A primeira perícia de psicologia nessas ações foi designada em data de 20.10.2010. Desde então foram determinadas 5 (cinco) perícias de psicologia.

Embora incipiente, a adoção dessa prática na Vara do Trabalho de Carazinho – RS (4ª Região) alcançou resultados positivos, seja no que diz respeito à qualidade da instrução processual, seja no que diz respeito ao estímulo à celebração de acordos. O resultado foram 4 (quatro) acordos e 1 (uma) sentença de procedência. Desses acordos, 3 (três) foram realizados antes da realização da perícia, mas após a sua designação na audiência dita inaugural, e 1 (um) acordo foi celebrado após a realização de perícia de psicologia. O valor dos acordos foi, respectivamente, de R\$20.000,00; R\$6.000,00; R\$4.000,00; R\$30.000,00. A sentença, que não foi objeto de recurso, condenou a reclamada (microempresa) ao pagamento de indenização por dano moral decorrente de assédio sexual, no valor de R\$10.000,00.

Aprofundando-se no tema da forma como a perícia psicológica deve ser conduzida, encontra-se vasta disciplina do Conselho Federal de Psicologia:

O profissional psicólogo dispõe de ferramentas tais como entrevistas, técnicas e testes psicológicos que permitem avaliar a demanda apresentada no contexto judicial, conforme resolução 008/2010 do Conselho Federal de Psicologia (CFP). É fundamental que a prática psicológica seja baseada nos princípios éticos, na competência técnico científico, na proteção dos direitos da criança e adolescente como pessoa em desenvolvimento.

[...] resolução CFP 009/2018, que considera como fontes fundamentais de informação : 1) Testes psicológicos aprovados pelo CFP para uso profissional da psicóloga e do psicólogo e/ou; 2) Entrevistas psicológicas, anamnese e/ou; 3) Protocolos ou registros de observação de comportamentos obtidos individualmente ou por meio de processo grupal e/ou técnicas de grupo; como também as fontes complementares: 1) Técnicas e instrumentos não psicológicos que possuam respaldo da literatura científica da área e

que respeitem o Código de Ética e as garantias da legislação da profissão; 2) Documentos técnicos, tais como protocolos ou relatórios de equipes multiprofissionais; [...] (Dantas et al., 2021).

Em suma, observa-se que, em caso de assédio sexual, por mais que a prova cabal seja de difícil acesso, o plano jurídico já apresenta estratégias adaptativas e consolidadas de flexibilização de produção de prova e utilização de recursos multidisciplinares, ou seja, a improcedência da demanda por ausência de elemento probatório é um erro judicial. Cabe, pois, ao Judiciário não permitir que o direito sirva como uma ferramenta de revitimização e ocultação da verdade.

O Juízo de origem aduziu ainda que, mesmo se o episódio restasse comprovado, o fato de se tratar de ocorrência única impediria a configuração do ilícito de assédio sexual, em decorrência de uma exigência doutrinária de reiteração da conduta para tanto.

O assédio sexual pode ser conceituado como um

violento comportamento para a obtenção de favores de natureza sexual, ainda que inserido no contexto da relação laboral, provocando para a vítima situação gravemente intimidatória e humilhante, restando evidenciado futuro mal nas expectativas trabalhistas da vítima em caso de recusa (Pancheri; Campos, 2017, p. 119).

Em outras palavras, o assédio ocorre quando, no ambiente de trabalho, uma pessoa exerce coerção sexual sobre outra, que está em posição hierarquicamente inferior. Complementando tal definição, Heinz Leymann, doutor em psicologia educacional pela Universidade de Estocolmo, indicou, na década de 1990, que o comportamento violento deveria ter duração de pelo menos seis meses, ou seja, ocorrências únicas não seriam suficientes para

configurar o assédio (em qualquer uma de suas facetas), a conduta deve ser recorrente no tempo.

No Direito Penal, a doutrina, a partir das ideias de Leymann e de leituras de direito comparado, fixou a regra geral de que o comportamento deve ser reiterado para que determinada situação se enquadre no tipo "assédio sexual", definido no art. 216-A do Código Penal, apenas excepcionalmente sendo afastado tal requisito. Esse entendimento aparece ainda em cartilhas informativas do Ministério do Desenvolvimento Regional⁶⁹, sendo a ideia repetida também em cartilhas do Ministério Público⁷⁰ de vários estados.

Contudo, a insistência não pode ser considerada um requisito de configuração do assédio sexual enquanto ilícito trabalhista. A esse respeito, cita-se o próprio entendimento explicitado pelo TST, no qual em nenhum momento é citada a exigência de repetição da conduta:

O assédio sexual é definido, de forma geral, como o constrangimento com conotação sexual no ambiente de trabalho, em que, como regra, o agente utiliza sua posição hierárquica superior ou sua influência para obter o que deseja⁷¹.

Na jurisprudência, também parece bem consolidada a ideia da desnecessidade de insistência por parte do agressor para que haja assédio. Nesse sentido:

EMENTA: ASSÉDIO SEXUAL. DANO MORAL. PROVA. *O assédio sexual é conduta, verbal ou física, de conotação sexual indesejada, repetida ou não, capaz de causar constrangimento à vítima e efeito desfavorável no ambiente de trabalho. Nesta perspectiva, vai de encontro à dignidade e a integridade física ou moral da pessoa humana. Para tanto, pressupõe constrangimento indevidamente imputado a alguém com o intuito de obter vantagem*

ou favorecimento sexual, valendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou função. Há respaldo probatório convincente nos autos, quanto as alegações relativas a atos atentatórios a intimidade da reclamante. Reparação devida.

(TRT da 3.^a Região; Processo: 0001307-69.2013.5.03.0019 RO; Data de Publicação: 28/11/2014; Disponibilização: 27/11/2014, DEJT/ TRT3/Cad.Jud, Página 94; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator: Deoclecia Amorelli Dias; Revisor: Convocado Delane Marcolino Ferreira)

Por fim, importante ainda citar o art. 1º da Convenção sobre a Eliminação da Violência e do Assédio no Mundo do Trabalho (C-190), da OIT, segundo o qual:

(a) o termo "violência e assédio" no mundo do trabalho refere-se a um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou de suas ameaças, de ocorrência única ou repetida, que visem, causem, ou sejam susceptíveis de causar dano físico, psicológico, sexual ou económico, e inclui a violência e o assédio com base no género; [...] (OIT, 2019; grifou-se).

Tendo em vista o exposto, parece claro que o argumento utilizado para afastar a configuração do assédio sexual não se sustenta, sendo perfeitamente aceitável na seara trabalhista que uma única ocorrência seja o suficiente para restar caracterizado o assédio.

É importante notar que a reclamante não só tem um histórico de vulnerabilidade social, como também ingresso no ambiente laborativo de uma das reclamadas por meio de um contrato de aprendizagem, fato este não valorado com a devida importância pelo juízo de origem. Vejamos como é definido esse contrato pela Lei da Aprendizagem (Lei n.º 10.097/00):

Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de

trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de quatorze e menor de dezoito anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação (grifou-se).

É fato que a posição de jovem aprendiz tem em vista a inclusão social do jovem, entre 14 e 24 anos, para que ele possa desenvolver suas competências plenamente e tal atividade se mostrava ainda mais importante para a autora, tendo em vista sua vida pregressa.

Nesse sentido, a petição inicial narra:

[...] cabe explicar ao Juízo que a Reclamante era menor em situação de risco social, vivia em abrigo de menores, e após completar a maioridade foi direcionada para inserir no mercado de trabalho exercendo o contrato de APRENDIZ junto aos Reclamados.

[...] Frise-se que inúmeros são os traumas acometidos a Reclamante, que teve o dissabor de aos 18 anos iniciar sua vida profissional de forma traumática, e hoje relata que sofrimento, angústia e medo de arrumar um novo emprego (grifou-se).

Vê-se que a conduta omissiva de ambas as reclamadas pode ter exposto a reclamante a ambiente completamente oposto ao previsto em lei como razão fundante ao instituto da aprendizagem, já que, ao invés de ambiente "compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico", a jovem teria sido exposta a ambiente causador de "angústia, e medo de arrumar um novo emprego". Para além desse desvirtuamento, observa-se ainda um agravamento do quadro de vulnerabilidade social anterior.

Dessa forma, far-se-ia necessária a perícia psicológica forense para que se averiguasse a veracidade do quadro narrado na inicial e seu nexos com o suposto assédio.

Ambas as reclamadas alegaram ilegitimidade passiva na demanda, buscando afastar completamente sua responsabilidade pelo suposto assédio. Como já relatado, enquanto a B.B.S.A. argumenta que a reclamante "jamais fora contratada" pela instituição financeira, "nem mesmo através de pessoa ou empresa interposta", a C.I.E.E. se defende dizendo ser empregador meramente formal, uma vez que os serviços da reclamante foram prestados nas dependências da B.B.S.A. e exclusivamente em seu favor.

É dizer, as reclamadas querem fazer crer que a jovem aprendiz não estava sob responsabilidade nem da C.I.E.E., já que prestava serviços à B.B.S.A., e nem da B.B.S.A., já que não era esta a empregadora formal no contrato de aprendizagem. Ora, se reputadas verdadeiras as alegações trazidas por ambas as reclamadas, qualquer responsabilização pelo dano sofrido pela aprendiz no ambiente de trabalho seria impossível, pois, sob tais premissas, só poderia figurar no polo passivo a figura etérea de um contratante imaginário.

Ora, alguém certamente se beneficiou dos serviços prestados pela aprendiz de forma contínua, habitual, onerosa e subordinada. Mas, para além da impossibilidade óbvia de ausência completa de vínculo jurídico da autora com as empresas, ficou comprovado nos autos que ambas as reclamadas possuíam obrigação contratual para com a jovem aprendiz. Seja pela apreciação do contrato de aprendizagem entre reclamante e reclamadas ou do contrato firmado exclusivamente entre as duas reclamadas (em que a primeira se obrigava a fornecer jovens aprendizes à segunda), seja pela clara vantagem econômica auferida com a contratação, a narrativa demonstra vínculo

material e formal de trabalho com ambas as reclamadas.

É preciso ainda ter em conta que um dos princípios que regem o Direito do Trabalho, como bem se sabe, é o da primazia da realidade, segundo o qual, havendo dúvida entre a documentação oficial apresentada e a prática cotidiana do trabalhador, a última deve prevalecer. Assim, percebe-se, claramente, que os argumentos apresentados pelas empresas configuram um ardil para se isentar de responsabilidade pelo ocorrido e se furtar da necessidade de garantir direitos trabalhistas mínimos para seus subordinados. Trata-se de um cenário clássico em casos que envolvem a terceirização de contratações, como explicita Jorge Luiz Souto Maior:

A terceirização, ainda, visa a dificultar que se atinja a necessária responsabilidade social do capital. Nesse modelo de produção, a grande empresa não contrata empregados, contrata contratantes e estes, uma vez contratados, ou contratam trabalhadores dentro de uma perspectiva temporária, não permitindo sequer a formação de um vínculo jurídico que possa ter alguma evolução, ou contratam outros contratantes, instaurando-se uma rede de subcontratações que provoca, na essência, uma desvinculação física e jurídica entre o capital e o trabalho, tornando mais difícil a efetivação dos direitos trabalhistas [...] (Souto Maior, 2015).

Não se pode deixar que tais argumentos sejam respaldados por este Juízo; deve-se, nesse sentido, dar maior valor aos relatos da trabalhadora a respeito de sua relação com as empresas e de seu cotidiano, enquanto prestava serviços para ambas, conforme o princípio do livre convencimento.

Necessário reconhecer, portanto, que, mesmo que tentem desviar da responsabilidade, ambas as reclamadas estabeleceram com a reclamante relação de

trabalho. Assim, inclusive, reconheceu a sentença de primeiro grau, que afastou as preliminares de ilegitimidade passiva arguidas. Logo, vê-se que ambas as reclamadas eram por ela responsáveis à época dos fatos e, como tais, tinham o dever de zelar pelo ambiente de trabalho e pela instrução dos seus profissionais para adotarem postura respeitosa, de modo a não infringir os direitos humanos⁷² ou atrapalhar o livre desenvolvimento individual, conforme disposto nos arts. 5º e 6º do Decreto 9.571/2018, que estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos:

Art. 5º Caberá, ainda, às empresas:

I – monitorar o respeito aos direitos humanos na cadeia produtiva vinculada à empresa;

II – divulgar internamente os instrumentos internacionais de responsabilidade social e de direitos humanos, tais como:

c) as Convenções da Organização Internacional do Trabalho; (grifou-se)

Art. 6º É responsabilidade das empresas não violar os direitos de sua força de trabalho, de seus clientes e das comunidades, mediante o controle de riscos e o dever de enfrentar os impactos adversos em direitos humanos com os quais tenham algum envolvimento e, principalmente:

[...] II – evitar que suas atividades causem, contribuam ou estejam diretamente relacionadas aos impactos negativos sobre direitos humanos e aos danos ambientais e sociais,

III – evitar impactos e danos decorrentes das atividades de suas subsidiárias e de entidades sob seu controle ou vinculação direta ou indireta (grifou-se).

A responsabilidade também é constituída em documentos particulares, como no (i) código de ética da B.B.S.A., vigente à época do assédio; (ii) contrato de aprendizagem firmado entre a reclamante e as duas

reclamadas; e (iii) o contrato de desenvolvimento de programa de aprendizagem firmado entre as reclamadas, cujos trechos pertinentes estão reproduzidos abaixo:

3.2.1. Zelamos pelo estabelecimento de um ambiente de trabalho digno e saudável, pautando as relações entre superiores hierárquicos, subordinados, pares e colaboradores pelo respeito e pela cordialidade.

3.2.2. Repudiamos condutas que possam caracterizar assédio de qualquer natureza.

3.2.5. Incentivamos o autodesenvolvimento dos funcionários, disponibilizando treinamentos adequados para o desempenho das suas atividades no âmbito da organização.

3.2.9. Valorizamos o diálogo, mantendo canais aptos a recepcionar e processar dúvidas, denúncias, reclamações e sugestões, bem como garantimos o anonimato.

CLÁUSULA 6ª – Caberá ao Empregador [C.I.E.E.]:

f) propiciar ambiente adequado ao desenvolvimento do Programa de Aprendizagem, em conformidade com as regras do Art. 405 da CLT;

[...] CLÁUSULA 7ª – Caberá à Empresa / Estabelecimento Cumpridor da Cota Legal de Aprendizizes [B.B.S.A.]:

a) proporcionar ao aprendiz formação técnico-profissional [...] em ambiente adequado, que apresente condições de segurança e saúde, em conformidade com as regras do Art. 405 da CLT e das Normas Regulamentadoras, aprovadas pela Portaria n.º 3.214/78; (grifou-se)

CLÁUSULA TERCEIRA – Caberá ao CONTRATANTE [B.B.S.A.]:

c) Oferecer a aprendizagem em ambientes adequados ao desenvolvimento do Programa, que apresentem condições de segurança e saúde, em conformidade com as regras do Art. 405 da CLT e

Portaria n.º 88, de 28/04/2009, do MTE/SIT.

Conforme se extrai dos trechos acima, há que se levar em conta o tema da saúde e segurança do trabalho, notadamente as normas de ergonomia incorpórea (Andrade; Guimarães, 2004, p. 201-202), relacionadas à adaptação das condições do ambiente de trabalho às características psicológicas dos trabalhadores, “de modo a proporcionar um máximo de conforto, segurança e desempenho eficiente”⁷³. Esse tema, inclusive, foi contemplado no já referido contrato firmado entre as reclamadas. O instrumento estipula, em sua cláusula décima, parágrafo quinto, que a B.B.S.A. ressarciria a C.I.E.E. mensalmente pelos recursos destinados por este ao Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional – PCMSO.

Vê-se, pois, que ambas as empresas reconheciam, previamente ao processo, ser sua responsabilidade legal e contratual oferecer à aprendiz um ambiente seguro, que lhe possibilitasse o pleno desenvolvimento enquanto trabalhadora em formação. A esse respeito, há uma interessante passagem na contestação apresentada pela C.I.E.E.:

Cabe salientar que [a C.I.E.E.] não possui, e não tem como possuir, qualquer ingerência sobre a conduta e modo de atuar dos funcionários [da B.B.S.A.] quando da realização das atividades práticas pelos aprendizes em suas dependências.

Ora, em que pese a impossibilidade de ingerência da C.I.E.E. na conduta individual de cada funcionário da B.B.S.A., há diversas medidas que a empresa poderia ter tomado para se assegurar de que o espaço em que alocaria uma jovem (com reconhecido histórico de vulnerabilidade, diga-se) fosse seguro e condizente com as suas condições psicológicas, inclusive, consoante as diretrizes

do PCMSO, a que se refere a Norma Regulamentadora n.º 7:

- a) rastrear e detectar precocemente os agravos à saúde relacionados ao trabalho;**
- b) detectar possíveis exposições excessivas a agentes nocivos ocupacionais;**
- d) subsidiar a implantação e o monitoramento da eficácia das medidas de prevenção adotadas na organização;**
- i) acompanhar de forma diferenciada o empregado cujo estado de saúde possa ser especialmente afetado pelos riscos ocupacionais⁷⁴;**

No mesmo sentido, defende-se a B.B.S.A., que teria procedido

em conformidade com os ditames contratuais, sendo pois já demonstrado que qualquer responsabilidade trabalhista recai sobre a contratada [C.I.E.E.].

Ora, aduz-se de tal esquiva, necessariamente, que a segunda reclamada em nada diligenciou para garantir à autora um meio ambiente do trabalho saudável, seguro e adequado ao seu desenvolvimento psicológico, com todas as especificidades e especiais proteções conferidas à condição de jovem aprendiz.

O desenho contratual entre as reclamadas cria, na realidade fática, um vácuo obrigacional, em que cada empresa empurra para a outra a responsabilidade pela jovem aprendiz. Trata-se de patente admissão de descumprimento das obrigações relativas à saúde e segurança do trabalho, cuja natureza de direitos fundamentais está respaldada no texto constitucional e em convenções internacionais ratificadas pelo Brasil.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, conheço do Recurso Ordinário interposto e dou-lhe parcial provimento para devolver os autos à primeira instância e fazer retornar o processo à sua fase instrutória, para que se determine a produção de prova pericial, nos termos da fundamentação acima. Após, dê-se o regular prosseguimento do feito.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se

Belo Horizonte/MG, 07 de julho de 2023.

Relatora

NOTAS DE RODAPÉ

⁶² Submetido em 19 fev. 2024. Aprovado em 01 jul. 2024.

⁶³ Graduanda e pesquisadora na FDUSP. E-mail: bruna.vasconcellos.torres@usp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2070001552772097>.

⁶⁴ Bacharel em Direito, USP. Mestre em Sociologia, Universidade Federal Fluminense. Advogado. E-mail: camposjpl@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3586048026865667>.

⁶⁵ Graduanda em Direito na USP. Auxiliar jurídica em Gaia Silva Gaede Advogados. E-mail:

sophia_appolonio@usp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4457547623045602>.

⁶⁶ Graduando em Direito, FDUSP. E-mail: victor.adorro@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8338936636925942>.

⁶⁷ Bacharelado em Direito em andamento, USP. E-mail: yasmintbs@usp.br. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6489822940471864>.

⁶⁸ "Artigo 1º 1. Para efeitos da presente Convenção: (a) o termo 'violência e assédio' no mundo do trabalho refere-se a um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou de suas ameaças, **de ocorrência única ou repetida**, que visem, causem, ou sejam susceptíveis de causar dano físico, psicológico, sexual ou económico, e inclui a violência e o assédio com base no género; [...]" (grifou-se).

⁶⁹ "Como regra geral, um único ato não configura o assédio sexual, é necessária a reiteração da conduta do assediador, a insistência." **CARTILHA INFORMATIVA SOBRE ASSÉDIO SEXUAL**, Ministério do Desenvolvimento Regional. Disponível em: https://www.gov.br/mdr/pt-br/aceso-a-informacao/governanca/programa-integridade/campanhas/Cartilha_Informativa_sobre_Assedio_Sexual.pdf. Acesso em: 07 jul 2023.

⁷⁰ A título exemplificativo, apresenta-se: **ASSÉDIO SEXUAL NO TRABALHO: PERGUNTAS E RESPOSTAS**, Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/03/Cartilha-Assedio-Sexual-GT-G%C3%AAneropdf>. Acesso em: 07 jul 2023.

⁷¹ **ASSÉDIO SEXUAL: O QUE É, QUAIS SÃO OS SEUS DIREITOS E COMO PREVENIR?** Tribunal Superior do Trabalho, 2020. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/assedio-sexual>. Acesso em: 18 mai. 2023.

⁷² Lembre-se que a Convenção n.º 155 da Organização Internacional do Trabalho alçou os temas de saúde e segurança do trabalho ao patamar de direitos fundamentais. A C-155 foi ratificada pelo Brasil em 1992 e vige em território nacional desde 18 de maio de 1993 (OIT, 1981).

⁷³ **Norma Regulamentadora n.º 17 – Ergonomia**, Portaria MTb n.º 3.214, de 08 de junho de 1978 (DOU de 06/07/78 – Suplemento). A norma menciona as características psicofisiológicas, mas aqui importa destacar o primeiro termo, referente à psique da trabalhadora.

⁷⁴ **Norma Regulamentadora n.º 7 – Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO**, Portaria MTb n.º 3.214, de 08 de junho de 1978 (DOU de 06/07/78 – Suplemento).

JULGADO OBJETO DA REESCRITA

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. Acórdão. 0010743–93.2019.5.03.0002. Relator: Vicente de Paula M. Junior. Data de Julgamento: 10 jul. 2021. Terceira Turma. Data de Publicação: 12 jul. 2021.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Paulo Renato; GUIMARÃES, Liliana Andolpho Magalhães. Fatores Ergonômicos no Trabalho. In: Guimarães, Liliana Andolpho Magalhães; Grubits, Sonia (ed.). **Série Saúde Mental e trabalho**. V.2. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

ASSÉDIO SEXUAL: O QUE É, QUAIS SÃO OS SEUS DIREITOS E COMO PREVENIR?. Tribunal Superior do Trabalho, 2020. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/assedio-sexual>. Acesso em: 18 maio. 2023.

ASSÉDIO SEXUAL NO TRABALHO: PERGUNTAS E RESPOSTAS. Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/03/Cartilha-Assedio-Sexual-GT-G%C3%AAnero.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2023.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 20 maio. 2023.

BRASIL. **Lei do Aprendizado**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10097.htm. Acesso em: 20 mai. 2023.

CARTILHA INFORMATIVA SOBRE ASSÉDIO SEXUAL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Disponível em: https://www.gov.br/mdr/pt-br/acesso-a-informacao/governanca/programa-integridade/campanhas/Cartilha_Informativa_sobre_Assedio_Sexual.pdf. Acesso em: 07 jul. 2023.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. Assédio sexual e perícia de psicologia. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 55, n. 85, p. 59-74, jan./jun.2012. Disponível em: https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27232/ben_hur_silveira_claus.pdf?sequence=2. Acesso em: 18 maio 2023.

CÓDIGO DE ÉTICA DO BANCO DO BRASIL (2021-2022). Disponível em <https://www.bb.com.br/docs/pub/siteEsp/ri/pt/dce/dwn/Codigoetica.pdf>. Acesso em: 20 maio 2023.

CÓDIGO DE ÉTICA DO BANCO DO BRASIL (2017). Disponível em: <https://www.bb.com.br/docs/pub/inst/dwn/PortuguesCodEtica.pdf>. Acesso em: 18 maio 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Grupo de Trabalho instituído pela Portaria CNJ n. 27, de 2 de fevereiro de 2021. **Protocolo para Julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2024.

DANTAS, Jeanne dos Santos Oliveira Marques; FONTE, Valéria Alexandra de Paula; CONCEIÇÃO, Jéssica Aniceto da; SANTOS, Yule Paulino dos; SILVA, Fernanda Gonçalves da. Técnicas da Perícia Psicológica em casos suspeitos de violência sexual infanto-juvenil Techniques of Psychological Expertise in suspected cases of sexual violence against children and adolescents. **Brazilian Journal of Development**, [S. l.], v. 7, n. 8, p. 76947-76963, 2021.

ETCHEZAR, Jamila Wisóski Moysés. A distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito do Trabalho após a reforma trabalhista. In: **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas**, [Pelotas], v. 5, n. 1, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/index.php/revistadireito/article/download/14074/10462>. Acesso em: 17 maio 2023.

FUKUDA, Rachel Franzan. Assédio Sexual. Uma releitura a partir das relações de gênero. In: **Simbiótica. Revista Eletrônica**, [S. l.], n. 1, p. 119-135, 2012. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/5759/575967274018.pdf>. Acesso em: 17 maio 2023.

Norma Regulamentadora n.º 7 - Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO. Portaria MTb n.º 3.214, de 08 de junho de 1978 06/07/78.

Norma Regulamentadora n.º 17 - Ergonomia. Portaria MTb n.º 3.214, de 08 de junho de 1978 06/07/78.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **C-155: Convenção sobre saúde e segurança dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho**. Adoção: Genebra, 67ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho (CIT), 22 jun. 1981. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm. Acesso em: 17 maio 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **C-190: Convenção sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho**. Adoção: Genebra, 108ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho (CIT), 21 jun. 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_729459.pdf. Acesso em: 20 maio 2023.

PANCHERI, Ivanira; CAMPOS, Roberto A. C. A criminalização do assédio moral no trabalho. In: **UNIVERSITAS**, Mogi-Mirim, v. 11, n. 21, p. 119, 2017. Disponível em: <https://revistauniversitas.inf.br/>

index.php/UNIVERSITAS/article/view/305/204. Acesso em: 16 maio 2023.

PEREIRA, Marcela Rage; ARAÚJO, Viviane Afonso de. Análise jurisprudencial no contexto do julgamento com perspectiva de gênero. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, Campinas, v.5, p. 1-34, 2022.

REIS, Stella Souza Oliveira. **Assédio sexual no ambiente de trabalho**. Orientadora: Jussara Melo Pedrosa. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Uniube, Uberaba, 2019. Disponível em: <https://repositorio.uniube.br/bitstream/123456789/1293/1/ASS%c3%89DIO%20SEXUAL%20NO%20AMBIENTE%20DE%20TRABALHO.pdf>. Acesso em: 17 maio 2023.

SILVA, Júlia Marçal. **Reescrevendo Decisões Judiciais em Perspectivas Feministas**: Análise de Experiências dos Feminist Judgments Project. Ribeirão Preto: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, 2023.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. PL 4.330/04: maldade explícita e ilusão. **Blog da Boitempo**, 6 abr. 2015. Disponível em <http://blogdaboitempo.com.br/2015/04/06/pl-4-33094-maldade-explicita-e-ilusao/>. Acesso em: 19 mai. 2023.

VAZ, Andréa Arruda; OLIVEIRA, Akauane Drabeski de; BACH, Mariele Stanisk. A majoração dos poderes do juiz do trabalho na direção do processo. **Revista Eletrônica Multidisciplinar Facear**, v. 3, p. 1-10, 2014.

REESCRITA DE DECISÃO ACERCA DA EXTENSÃO DA TUTELA DA LEI MARIA DA PENHA PARA MULHERES TRANS

Rewritten decision on the extension of the Maria da Penha Law to Trans Women⁷⁵

Bianca de Oliveira Corrêa⁷⁶
Pedro Rachadel Rostand Prates⁷⁷

RESUMO

O presente artigo reescreve uma decisão jurídica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) de 2021 sob uma perspectiva de gênero. O caso em questão é paradigmático porque seu julgamento posterior pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) gerou como jurisprudência o direito à Lei Maria da Penha para mulheres trans. Como metodologia mobilizamos algumas teorias de gênero – como a de Judith Butler – associadas à Teoria da Força Normativa da Constituição de Konrad Hesse e à Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. O objetivo foi o de elucidar a diferença entre sexo e gênero, bem como as implicações dessa diferenciação para uma interpretação sobre a Lei Maria da Penha mais coerente com o ordenamento, notadamente em relação à otimização dos direitos fundamentais e da força normativa constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: reescrita feminista; decisão judicial; Lei Maria da Penha; direitos trans.

ABSTRACT

This article rewrites a legal decision of the Court of Justice of the State of São Paulo (TJSP) from 2021 from a gender perspective. The case in question is paradigmatic because its subsequent judgment by the Superior Court of Justice (STJ) generated the right to the Maria da Penha Law for trans women as jurisprudence. As a methodology we mobilized some gender theories – such as that of Judith Butler – associated with the Theory of the Normative Force of the Constitution by Konrad Hesse and the Theory of Fundamental Rights by Robert Alexy. The objective was to elucidate the difference between sex and gender, as well as the implications of this differentiation for an interpretation of the Maria da Penha Law that is more coherent with the legal system, notably in relation to the optimization of fundamental rights and the constitutional normative force.

KEYWORDS: feminist rewriting; judicial decision; Maria da Penha Law; trans rights.

1. O CASO

Em 2020, L., mulher trans e habitante do Estado de São Paulo, denunciou seu pai à justiça do Estado de São Paulo por meio da Lei n.º 11.340/2006, a Lei Maria da Penha, por tentativa de estupro seguida de espancamento. A jovem de 17 anos à época teve o pedido de medidas protetivas, como a proibição de contato presencial ou virtual pelo agressor, indeferido apesar do flagrante policial e da produção de exame de corpo de delito. O motivo da decisão seria o fato da pleiteante ser uma mulher trans e as autoridades entenderem que a Lei em questão deveria ser aplicada apenas a mulheres com constituição biológica feminina, ou seja, mulheres cis.

Após ter o pedido negado em primeira instância, a demandante entrou com recurso no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), que também negou o pedido, mantendo a decisão original. O desembargador relator afirmou, dentre outras coisas, que nenhum argumento daria “ao transgênero masculino o direito de ser considerado mulher” (São Paulo, 2021), motivo pelo qual não teria direito à legislação específica para “mulheres”. O recurso seguiu para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que decidiu, em abril de 2022, por unanimidade a favor do recurso de L.

A decisão gerou um precedente para todos os tribunais de instâncias inferiores, de modo a incluir mulheres trans nos direitos estabelecidos pela Lei Maria da Penha. Ao proferir a decisão, o relator do Tribunal de Justiça entendeu que havia evidentes indícios de transfobia presentes na decisão da segunda instância, um problema que ainda afeta muito o Brasil que, há 15 anos, lidera o ranking de assassinatos contra pessoas trans e travestis no mundo (Ker, 2022; Benevides, 2024). Conforme os últimos dados coletados pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais

(ANTRA), o Brasil em 2023 cometeu 145 assassinatos contra pessoas trans e travestis. Além disso, é o país que mais consome pornografia trans no mundo, demonstrando um processo historicamente construído de fetichização e objetificação de corpos trans, de modo que o “o desejo reprimido pela patrulha de gênero, [apresenta-se] como fator de manutenção do gozo da morte” (Benevides, 2023).

2. IMPORTÂNCIA

No processo de escolha para a análise de uma decisão judicial com perspectiva feminista, o caso de L. chamou a atenção pelo conservadorismo e pela violência linguística utilizados na fundamentação do relator do processo. O caso ocorreu em 2021, há apenas três anos, o que põe em questão o atraso do Brasil em relação ao reconhecimento dos direitos de pessoas trans e LGBTQIAP+ no geral. Há não somente um problema de reconhecimento e efetivação de direitos, como também diversas violências no campo epistemológico e ontológico, por exemplo, que são permitidas ainda no ambiente judiciário e, mais adiante, ratificadas por outros juízes, advogados e autoridades. Na luta pela garantia de efetivação de direitos de igualdade de gênero, cada dia, mês e ano são preciosos para a observância e para a conquista dos mais singelos direitos, havendo a perda destes se não estivermos atentos às decisões representantes do povo no Legislativo, Judiciário e Executivo.

Da violência mais básica como a utilização do nome morto da vítima⁷⁸ até a negação do recurso de pedido da Lei Maria da Penha para o caso da vítima L., há muitas questões que precisam ser revistas no acórdão e discutidas para que não sejam reproduzidas por outras instituições. Todavia, é interessante notar como a decisão controversa do Tribunal

de Justiça do Estado de São Paulo gerou um recurso que levou a uma discussão e consequente mudança nacional por meio de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, efetivando a proteção da Lei às mulheres trans.

O desembargador inicia o voto identificando a “impossibilidade jurídica de fazer a equiparação ‘transexual feminino = mulher’” (São Paulo, 2021, p. 2). Nesta frase inicial, já encontramos diversas violências linguísticas ao chamar a vítima de “transexual feminino”, não se referindo ao seu gênero (mulher) e utilizando o gênero errado para a palavra “feminino” (no masculino). E este é o ponto para o qual chamaremos atenção mais adiante, há um problema epistemológico na fundamentação no que tange a necessidade de distinguir gênero de sexo biológico. Este é um ponto-chave para que juízes possam julgar esses processos sem cometer tais erros fundamentais.

Dentre os problemas que decorrem dessa confusão conceitual delineamos a escolha do principal objeto examinado neste voto:

Não desconheço a existência de várias decisões, desta Corte inclusive, apoiando a pretensão; todavia, a meu ver ela encontra dois obstáculos: um, como causa, científico; outro, como consequência, jurídico (constitucional) (Ibid., p. 3).

Portanto, há necessidade de se fazer uma abordagem de seus argumentos considerando os seus erros epistemológicos que levam a uma fundamentação jurídica defeituosa. Analisaremos, portanto, a fundamentação do desembargador com nossas considerações filosóficas e embasadas no Direito.

Após a refundamentação, seguimos para a reescrita, em que pretendemos tanto corrigir alguns dos principais pontos da decisão, de definição filosófica, apresentando a distinção entre gênero e sexo biológico, como utilizar fundamentações jurídicas. Tentamos propor

uma decisão mais justa e inclusiva ao direito de pessoas trans, mais especificamente mulheres trans, como esperamos que sejam fundamentadas futuras decisões, respeitando os direitos conquistados e as jurisprudências produzidas pelas cortes superiores.

3. PROBLEMAS NA FUNDAMENTAÇÃO

A diferença entre “mulher” e “homem”, conforme exposta pelo desembargador (*Ibid.*, p. 5), seguindo o que ele chama de “conceito científico, biológico” apresenta a confusão e pouco aprofundamento nos estudos das ciências humanas sobre gênero. O desembargador expõe:

Com efeito, “mulher” e “homem” são (como reconheceu o douto Promotor de Justiça) conceitos científicos, biológicos. E não podem ser igualados se se está a tratar a questão seriamente. Com efeito, há muito se sabe que dentre os vinte e três pares de cromossomos de todo o ser humano, mulheres possuem o par XX e homens, o XY. E, se se examinarem os cromossomos do interessado, L., ver-se-á que ele possui o segundo tipo, XY (São Paulo, 2021, p. 5).

Observemos o que diz a autora Simone de Beauvoir, que escreveu na década de 1960 antes da utilização e distinção dos termos de sexo e gênero: “Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto” (Beauvoir, 1967, p. 9). Há duas questões importantes a serem delineadas aqui, primeiro há uma distinção entre a biologia da mulher e o papel que ela exerce em sociedade – assim como ocorre com o homem. Além disso, tratando-se da biologia, Beauvoir utiliza o termo “fêmea”, distinto do que vem a ser “mulher”, que a própria autora concluirá ao final do seu livro

que é algo muito difícil de se definir, pois esses seres “mulheres” são, na verdade, demasiadamente plurais.

Mais adiante, é possível pensar a partir da influência de autoras como Gayle Rubin que em 1975, com o “Tráfico de Mulheres” (Rubin, 1990), apresenta o sistema sexo-gênero como uma série de acordos e imposições sociais que são produto da sociedade e de sua organização. Para além, Judith Butler, desenvolve a ideia de performatividade de gênero, e revela como essa identidade é produzida por meio de repetições de atos, gestos e atuações que socialmente são consideradas femininas ou masculinas (Butler, 2013). Bento (2017, p. 237-250) explica que o fato de olhar para uma pessoa e reconhecê-la como homem, por exemplo, não significa que ele possua um pênis, já que não se tem acesso a esse tipo de informação em um primeiro momento. O que o fato significa é que compartilhamos interpretações de significados culturais atribuídos ao gênero masculino e acreditamos, portanto, que estamos diante de um ser “homem”.

Nesse sentido, entendemos que sexo, gênero e sexualidade são produzidos por meio do discurso e os significados atribuídos aos corpos que adquirem desde a nascença uma dimensão política (Abreu; Sposato; Silva, 2023). Gênero, assim como o sexo e a sexualidade, não são categorias naturais, e sim naturalizadas através de discursos com a agenda de imposição da cisheteronormatividade⁷⁹ (Firmino; Porchat, 2017, p. 55-57).

Começamos, portanto, a entender a confusão argumentativa do desembargador ao chamar L. de “transexual feminino” como se o gênero “mulher transexual” possuísse um sexo “transexual feminino”. Outro termo utilizado pelo indicativo de sua confusão conceitual é o de “identidade sexual” (São Paulo, 2021, p. 5) que atribui aos Princípios de Yogyakarta (2017), mas que não constam lá. Afinal, enquanto você

possui uma identidade de gênero (como você se identifica) seu sexo lhe permite características, como cromossomos XX e XY por exemplo, e não uma identidade, conceito pertinente a categoria de gênero.

A seguir apresentamos o que efetivamente é dito nos Princípios de Yogyakarta, documento de Direitos Humanos Internacional elaborado na Indonésia em 2006 e que trata especificamente de direitos humanos relacionados à questão de identidade de gênero e orientação sexual. Este faz uma distinção entre os três conceitos, “Identidade de gênero”, distinguindo-o do sexo atribuído ao nascimento, e “orientação sexual”:

1) Compreendemos orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.

2) Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos (Yogyakarta, 2006, p. 7).

Fica explícito no documento internacional, citado pelo próprio Desembargador, a diferença entre como você se identifica socialmente, a forma pela qual você expressa seu gênero, da sua anatomia sexual, as características que “se manifestam na puberdade” ou seus cromossomos. Não se pode confundir essa performance e identificações de gênero que dão origem ao que percebemos

socialmente como “mulheres”, “homens” ou “não-binários” (que não se identificam com a lógica binária de gênero, que se restringe a homens e mulheres⁸⁰) com o sexo de nascença.

Diferentemente do que o julgador coloca ao afirmar que a função do legislador é tratar da questão do sexo biológico, ao observarmos a Lei Maria da Penha, seu art. 1º apresenta a norma como criadora de “mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher” (Brasil, 2006). Enquanto a Lei utiliza o termo “sexo feminino” apenas uma vez para tratar da preferência de atendimento da vítima por um servidor de tal sexo, utiliza “gênero” cinco vezes para tratar dos tipos de violências que tais vítimas contempladas pela Lei podem sofrer.

Mais adiante, o art. 5º dispõe que a violência em questão é caracterizada por “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (*Ibid.*). Desse modo, a Lei em momento algum se restringe às mulheres cis, devendo ser aplicada, em sua literalidade, aos crimes com base em violência de gênero (Abreu; Sposato; Silva, 2023, p. 154).

Ante essas considerações, é importante notar que os erros epistemológicos adotados pelo desembargador compuseram a essência da *ratio decidendi* (a razão de decidir). Assim, serviram de base para estruturar a impossibilidade jurídica do pleito. O racional utilizado expôs que, tanto os Princípios de Yogyakarta, quanto a Lei Maria da Penha, não possuem o condão de equiparar a proteção dada às mulheres cis às mulheres trans.

Vejamos, portanto, como o julgador, a partir de uma visão errônea acerca da diferença epistemológica entre sexo e gênero, criou um cenário hermenêutico contrário ao Estado Democrático de Direito, notadamente em relação à necessária proteção dos direitos fundamentais.

A priori, importante consignar como se deu a interpretação feita sobre os Princípios de Yogyakarta. O desembargador inferiu, *ipsis literis*:

[...] nenhum deles [direitos abrangidos por Yogyakarta] dá ao transgênero masculino o direito de ser considerado mulher; nenhum, para colocar de outra forma, autoriza a afirmativa de que “transgênero feminino = mulher” “transgênero masculino = homem” (São Paulo, 2021, p. 4).

Isso, somado ao fato de que o julgador extraiu um conceito inexistente do tratado, nos faz perceber o seguinte cenário: a decisão combina conceitos trazidos pelo instrumento para criar uma interpretação que conflita com a razão de ser do tratado e, assim, subverte o sentido da proteção almejada. Os Princípios de Yogyakarta não podem ser utilizados para criar uma condição desfavorável àqueles tutelados por ele.

A partir dessa construção, constatamos que a base – equivocada – da decisão é essa: “mulher” e “homem” são critérios científicos e biológicos, exclusivamente. Desta premissa, a *ratio* do provimento constata que a tutela da Lei Maria da Penha não poderia extrapolar a concepção biológica, sob pena de violação aos princípios da tipicidade estrita e da proibição da analogia *in malam partem*.

Ocorre que, como visto, a terminologia “mulher” se adequa a uma perspectiva de gênero e não de sexo. Por isso, a norma, quando utiliza o termo “mulher”, amplia sua tutela a todas as mulheres, independentemente do sexo biológico. Note-se: não há analogia *in malam partem* se a interpretação literal (gramatical) da norma abarca, a um só tempo, mulheres cis e mulheres trans.

Ao contrário desse entendimento, a decisão dispõe que somente o poder constituinte estaria apto a redefinir o conceito de mu-

lher, pois este é abordado por aquela sob uma perspectiva imutável. Para firmar tal imutabilidade, o desembargador chega a equiparar o conceito de mulher ao conceito de tempo, sem considerar o abismo existente entre uma diferença conceitual trivial: objetividade e subjetividade. Ora, o “tempo” pode ser aferido por uma série de roldanas e engrenagens estruturadas conjuntamente – relógio, trata-se de um fenômeno físico rígido, extremamente objetivo; já o conceito de “mulher” reveste-se de complexidades sociais, históricas, psíquicas e culturais que impossibilitam uma aferição objetiva e externa – do Outro. Somente a subjetividade – do Eu – pode construir a identidade, tentar determinar – como se faz com um relógio – a identificação do indivíduo perante si e perante a sociedade representa o mais alto grau de ingerência estatal sobre o *status libertatis* do particular. É uma ingerência na psique do ser humano, o que se traduz como uma violação ao dever do Estado de abster-se diante da liberdade e individualidade do particular – Direitos Fundamentais de 1ª geração.

É nesse esteio que tem se desempenhado a hermenêutica da jurisdição constitucional. Para subsidiar tal assertiva, frisa-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.275; nessa ADI, a Suprema Corte trouxe relevantes entendimentos acerca do reconhecimento do direito constitucional das pessoas transgênero à substituição dos campos de prenome e sexo no registro civil. Em outros termos, reconheceu a importância de o Estado não ingerir na capacidade de autodeterminação individual no que se refere ao gênero.

Nessa controvérsia, restou decidido que o Estado deveria reconhecer, por meio do registro civil, a identidade de gênero do indivíduo, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização. Ainda nesse contexto, o Ministro redator do voto-vogal, Gilmar Men-

des, destacou aspecto decisivo para a temática discutida aqui, qual seja: a autodeterminação como direito fundamental.

Por isso, pode-se inferir que a perspectiva constitucional do desembargador, utilizada para sedimentar o conceito de “mulher”, destoa do entendimento do Supremo Tribunal Federal. Isso, porque o racional decisório do guardião da Constituição tem se tornado cada vez mais deferente à autodeterminação das pessoas no que se refere à orientação sexual e à identidade de gênero. Haja vista o conteúdo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 291⁸¹ e da ADI n.º 4.277⁸² que firmam entendimentos voltados ao afastamento da ingerência do Estado na subjetividade de seus tutelados.

Diante desse raciocínio, pode-se afirmar que a tese levantada pelo julgador, em verdade, caminha na contramão do que a Suprema Corte tem decidido no contexto da liberdade dos indivíduos, especialmente daqueles que compõem a população LGBTQIAPN+. A decisão, questionada aqui, galgada por um paradigma cisheteronormativo, propõe uma perspectiva reducionista da identidade, como se somente o sexo fosse capaz de caracterizar a identidade e, ainda, busca legitimar tal interpretação através do texto constitucional, como se esse também propusesse tal redução.

Com isso, acarreta a diminuição da força normativa da Constituição e, portanto, ao invés de protegê-la, a ataca. A força normativa constitucional, sob os ensinamentos de Konrad Hesse (1991, p. 13), pode pautar-se por duas perspectivas: (i) atingimento da pretensão de eficácia; e (ii) força ativa da Constituição – Vontade de Constituição.

A primeira, envolve uma concepção de que a Constituição jurídica deve ser uníssona à Constituição real, isto é, à realidade social e política da sociedade. Portanto, deve haver um

condicionamento recíproco entre a cogência constitucional (Dever ser) e os fatores reais de poder (Ser), isso significa que, a todo momento, tanto a realidade quanto a Constituição devem influenciar-se mutuamente (Hesse, 1991, p. 16). Desta forma, indica-se que a Constituição, para manter a sua normatividade – e a vigência da Ordem Democrática – não pode estagnar-se no tempo; a sua legitimidade normativa depende de um constante diálogo semântico e interpretativo com a realidade social. Portanto, a legitimidade da força normativa da Constituição depende de um constante processo de legitimação e adaptação. Motivo pelo qual não se pode constatar o sentido rígido do termo “mulher” positivado na Constituição.

Quanto ao ponto (ii) – força ativa –, Hesse explica que a Constituição, geralmente, não é apta a alterar a realidade ativamente, ou seja, por si só. Para que tais alterações aconteçam é necessário a construção de uma cultura social, política e jurídica que busque a realização das tarefas impostas pela Constituição (*Ibid.*, p. 18). Ou seja, é necessário que a sociedade detenha “Vontade de Constituição” (*Ibid.*, p. 19), uma vontade de obedecer a seus comandos e concretizar, de forma ótima, os seus mandamentos. Tal condição é ainda mais necessária quando se trata dos detentores de poder e da força do Direito. É dizer: aqueles que dizem, criam e aplicam o direito devem possuir uma Vontade de Constituição ainda mais relevante que os particulares da sociedade (*Ibid.*, p. 19). Isso porque é a partir desses que se define a forma e as condições cuja normatividade da Constituição será observada, aqueles que possuem o monopólio do uso da força e, como consequência, da cogência do Direito. Se essa força é utilizada de forma alinhada à Constituição, aumenta-se a força normativa da Constituição e a concretude da Ordem Democrática.

Em última análise, a decisão consegue, a

um só tempo, (i) colocar-se sobre uma lógica que dificulta a eficácia que a Constituição pretende possuir, pois afronta – com a suposta essencialização do conceito de “mulher”⁸³ – o seu caráter mutável e a sua necessidade de adaptar-se à realidade da sociedade; e (ii) diminuir a força ativa da Constituição, já que emana uma cogência do Estado – provimento jurisdicional – que reduz a aptidão estatal em concretizar as tarefas impostas pela Constituição. Em outros termos: é uma decisão carente de Vontade de Constituição. Na reescrita, essa última perspectiva será abordada com maior profundidade.

4. METODOLOGIA

Em relação à reescrita, utilizamos como base o acórdão referente ao recurso em sentido estrito julgado em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Todavia, considerando as diversas problemáticas na fundamentação do relator, centradas especialmente na confusão entre os conceitos de sexo e gênero, decidiu-se elaborar uma reescrita com voto divergente do acórdão proferido pela turma, ou seja, tanto a fundamentação quanto o dispositivo foram reelaborados.

Utilizamos algumas referências citadas pelo próprio autor como os Princípios de Yogyakarta que o relator interpreta de maneira distinta daquela tradicionalmente estudada pelas teorias sociológicas e de gênero. No voto original consta, por exemplo:

Não é por outra razão que os elaboradores dos Princípios de Yogyakarta não incluíram nos direitos ali previstos o da equiparação jurídica ao sexo com que o transexual se identifica; previu, isso sim, e corretamente, o direito ao reconhecimento perante a lei a mostrar que talvez seja hora de o legislador brasileiro elaborar legislação específica (afinal, recordo, o STF já afirmou serem esses Princípios

direito vinculante).

Enquanto isso não ocorre, porém, não é possível, pena de ofender princípios constitucionais de importância para todos (inclusive dos transexuais; os elaboradores dos Princípios não ignoraram isso: basta ver os direitos 7 a 10 para que isso fique claro) não é possível, eu dizia, fazer a equiparação “transexual feminino = mulher” (São Paulo, 2021, p. 6-7).

Por meio da própria carta com a ajuda de outros teóricos reconhecidos para os estudos de gênero, como Judith Butler, Gayle Rubin, Simone de Beauvoir e Berenice Bento, buscamos fazer a diferenciação essencial entre sexo, gênero e suas construções sociais, para em seguida observar a diferença que tais concepções geram na elaboração do voto do caso em questão. Sob esse prisma, a fim de alicerçar juridicamente a decisão reescrita, buscamos utilizar estruturas teóricas cunhadas por Camila de Magalhães Gomes, Konrad Hesse e Robert Alexy, de forma a estabelecer um vínculo entre a força normativa da Constituição e a necessária ampliação do sentido do termo “mulher” positivado na Lei Maria da Penha, compreendendo a restrição desse sentido como resultado de uma conjuntura universalizante, dual e pactuada com a cisheteronormatividade.

Assim, o objetivo, tanto da reescrita quanto da fundamentação, não é apenas discordar do voto, mas demonstrar onde está o erro estruturante, para corrigi-lo criticamente e observar suas implicações jurídicas para o caso de L. em específico.

5. A REESCRITA

Considerando os argumentos expostos acima, e a jurisprudência que o caso de L. gerou no Superior Tribunal de Justiça estendendo os direitos da Lei Maria da Penha para todas as

mulheres transgênero, para além das mulheres cis, propomos a seguinte reescrita:

ACÓRDÃO

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MEDIDAS PROTETIVAS DA MULHER EM FAVOR DA MULHER TRANS. DISTINÇÃO ENTRE CARACTERÍSTICAS SEXUAIS E IDENTIDADE DE GÊNERO. CONCEITO EXTENSIVO DE VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO FEMININO. OTIMIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. DECISÃO REFORMADA.

Recurso em sentido estrito interposto por L. contra a decisão que indeferiu requerimento de concessão, em seu favor, de medidas protetivas previstas no art. 22 da Lei Maria da Penha contra seu pai, L.A.; alega (fls. 62 e ss.) que, por ser mulher transexual e se identificar com o gênero feminino tem direito à proteção por esta Lei, pois a palavra “mulher” contida na Lei tem que ser apreciada em sentido amplo, como vem decidindo este Tribunal de Justiça.

É O RELATÓRIO.

A recorrida quer ver aplicadas em seu favor medidas protetivas baseadas na Lei Maria da Penha; nas apropriadas palavras do duto recorrente, L. ainda que possua um sexo biológico distinto daquele de mulheres cis, considerando que a expressão ‘mulher’, contida na lei em apreço, deve ser interpretada abarcando as noções de identidade de gênero, difundidas amplamente por teóricas como Judith Butler, Gayle Rubin, Simone de Beauvoir, dentre diversas outras que levam a compreensão de que o gênero é produto de relações de poder e distinto daquilo que compreende-se como o sexo biológico. Sobre este tema, Bento

discorre:

Gênero está relacionado à performance, à prática e ao reconhecimento social. Para que eu seja reconhecida socialmente como uma mulher, preciso desempenhar um conjunto de prática, de performances que possibilitam esse reconhecimento. Nesse sentido, a roupa que eu uso, o jeito que posiciono minha mão, a maneira como cruzo as pernas, são esses indicadores e visibilidade de gênero que fazem o gênero. Não existe gênero em uma estrutura corpórea, existe na prática. Nós fazemos o gênero no dia a dia (Bento, 2017, p. 108).

A partir destas considerações iniciais, fundamentadas em pesquisas acadêmicas, demonstramos, também, o conhecimento da existência de várias decisões, desta Corte inclusive, apoiando a pretensão da recorrente. A título de exemplo, cita-se o Conflito de Jurisdição n.º: 0032035-86.2018.8.26.0000. Neste, restou definido que a violência praticada contra uma mulher transexual deveria tramitar no Juízo do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista, note-se a ementa:

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Ação praticada contra travesti. Vítima do sexo masculino que se identifica como mulher, ostentando nome social feminino. Violência perpetrada no âmbito doméstico e baseada no gênero e vulnerabilidade da vítima. Incidência do artigo 5º, inciso II, da lei n.º 11.340/06. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista, ora suscitado.

(TJSP; Conflito de Jurisdição 0032035-86.2018.8.26.0000; Relator (a): Issa Ahmed; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional VII – Itaquera - Vara do Juizado Especial Criminal; Data do Julgamento: 08/04/2019; Data de Registro:

10/04/2019).

Além disso, a 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo definiu, no âmbito do Mandado de Segurança n.º 2097361-61.2015.8.26.0000, que G., uma mulher trans, poderia se valer das medidas protetivas preconizadas pela Lei n.º 11.340/06 para proteger sua integridade:

A IMPETRANTE, apesar de ser biologicamente do sexo masculino e não ter sido submetida à cirurgia de mudança de sexo, apresenta-se social e psicologicamente como mulher, com aparência e traços femininos, o que se pode inferir do documento de identidade acostado às fls. 18, em que consta a fotografia de uma mulher. Acrescenta-se, por oportuno, que ela assina o documento como G., e não como JEAN CARLOS.

É, portanto, na condição de mulher, ex-namorada de R., que a IMPETRANTE vem sendo ameaçada por este, inconformado com o término da relação. G. sofreu violência doméstica e familiar, cometida pelo então namorado, de modo que a aplicação das normas da Lei Maria da Penha se fazem necessárias no caso em tela, porquanto comprovada sua condição de vulnerabilidade no relacionamento amoroso.

[...] Assim, concede-se a segurança para aplicar em favor de G. as medidas protetivas de urgência previstas no artigo 22, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”, da Lei n.º 11.340/06.

(TJSP; Mandado de Segurança Criminal 2097361-61.2015.8.26.0000; Relator (a): Ely Amioka; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - Vara do Foro Central de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; Data do Julgamento: 08/10/2015; Data de Registro: 16/10/2015).

No que se refere ao respeito estatal à identidade de gênero, somam-se ao racional decisório desta Corte, as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na Resolução 270/2018, que versa sobre a necessidade de tratamento isonômico a todas as pessoas usuárias dos serviços do judiciário independentemente de gênero, promovendo o direito ao nome social e o reconhecimento à identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais. Por esse motivo, adiantamos que este voto seguirá em conformidade com a perspectiva de valorização da existência trans, deferindo a pretensão recursal da autora.

Admitimos também, que os Princípios de Yogyakarta enquanto documento internacional de suma importância para os direitos humanos impõem um dever de tutela pelos países signatários às questões relativas à identidade de gênero, sexo e orientação sexual. Utilizamos sua distinção epistemológica ao afirmar que:

a “expressão de gênero” como a forma em que cada pessoa apresenta o seu gênero através da sua aparência física – incluindo a forma de vestir, o penteado, os acessórios, a maquiagem – o gestual, a fala, o comportamento, os nomes e as referências pessoais, e recordando, além disso, que a expressão de gênero pode ou não coincidir com a identidade de gênero da pessoa;

[...] que a “expressão de gênero” está incluída na definição da identidade de gênero nos princípios de Yogyakarta e, portanto, todas as referências à identidade de gênero devem ser entendidas como inclusivas da expressão de gênero como motivo de proteção;

[que] as “características sexuais” como as características físicas de cada pessoa em relação ao seu sexo, incluindo os seus órgãos genitais e outra anatomia sexual e reprodutiva, os cromossomos, os hormônios e as características físicas secundárias

que se manifestam na puberdade (Yogyakarta, 2017, p. 4).

Com base no que foi exposto acima, entendemos, portanto, que a melhor interpretação jurídica é: afastar suposta analogia *in malam partem* quando utilizada interpretação extensiva da Lei Maria da Penha que inclua mulheres trans. Entende-se que a utilização do termo “mulher” e “gênero” reiteradas vezes na Lei compreende a questão de identidade de gênero e não o sexo biológico da vítima. Considera-se, aqui, que a tutela do referido diploma abrange toda e qualquer mulher.

O Estado deve deferência à autodeterminação de gênero do indivíduo tanto no contexto da função legislativa, quanto nas funções executivo e judicial. Não à toa, o Supremo Tribunal Federal definiu, no âmbito da ADI n.º 4.275, que o Estado deve viabilizar a concretização do direito à substituição de prenome e sexo no registro civil.

Nesse ponto, a tutela do Estado deve ser imposta de forma una a todas as mulheres, de modo que, qualquer estabelecimento de distinção entre elas representa conduta que conflita com o dever do Estado de concretizar igualdade jurídica material, delimitada pelos comandos constitucionais que definem a igualdade jurídica formal.

A Constituição versa nos arts. 1º, inciso III e 3º, IV sobre Princípios Fundamentais da República tais como a dignidade da pessoa humana e a promoção do bem de todas as pessoas sem qualquer tipo de discriminação. Além disso, define no art. 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei e que não pode haver distinção de qualquer natureza; por isso, extrai-se que a Constituição, formalmente, veda a tutela desigual de semelhantes (Brasil, 1988). Diante da lei, os direitos existentes devem ser realizados sem consideração da pessoa, por isso, “é proibido a todas as autoridades esta-

tais, não aplicar direito existente a favor ou à custa de algumas pessoas" (Hesse, 1998, p. 330). Segundo o jurista Konrad Hesse, o mandamento da igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do Estado de Direito. Fato é que o paradigma da igualdade jurídica formal deve encontrar correspondência material no mundo dos fatos, notadamente no âmbito da atuação das instituições.

Conforme Hesse, essa correspondência material se mostra no modo cuja igualdade formal é endereçada à materialidade, isto é, como este postulado fundamental deve ser enxergado e aplicado pelo Direito. Para ele, isso pode ser observado na perspectiva da igualdade jurídica material, que assim se define:

Igualdade jurídica material não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. Senão só aqui que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais. Casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é, quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente (Hesse, 1998, p. 331).

Sob esse racional, a complexidade está na definição do que são fatos iguais e que, por isso, devem receber a mesma regulação/tutela. Hesse expõe que esse critério – igualdade entre fatos – pode ser aferido por um ou vários característicos, entendidos como definições relativas à essencialidade do fenômeno ou objeto jurídico (*Ibid.*, p. 331). É dizer: característicos podem ser os aspectos ligados ou não à essência do objeto. Essa ligação definirá a possibilidade do característico – essencial ou não essencial – estabelecer uma diferenciação jurídica. Para exemplificar, Hesse traz a seguinte exposição:

Se, por exemplo, o característico "pessoa" for

considerado como essencial, então alemães e estrangeiros devem ser tratados igualmente; se aparece o característico 'nacionalidade' como essencial, então um tratamento desigual é admissível (Ibid., p. 331).

Assim, o jurista conclui que a questão principal para definir a igualdade jurídica material é sempre a que se põe sobre os característicos considerados como essenciais para a distinção jurídica entre iguais e que, por isso, determinam a igualdade de vários fatos e determinam o tratamento igual e a vedação ao tratamento desigual (*Ibid.*, p. 331).

In casu, o característico essencial, isto é, o que define o necessário tratamento igual, é relativo à perspectiva de gênero e não à de sexo. A perspectiva de sexo biológico pode ser tida como característico não essencial e, portanto, incapaz de fomentar uma diferenciação jurídica. Em outras palavras, o característico essencial que demarca a aplicação da Lei Maria da Penha é a "mulher vítima de violência doméstica". Por isso, esse diploma consagra consequências jurídicas idênticas à toda mulher, independentemente, do sexo biológico.

Essa é a análise que se extrai de uma interpretação sistemática do texto normativo, sob uma acertada perspectiva de gênero e, também, à luz da igualdade jurídica material; a seguinte conclusão pode ser tomada: toda mulher deve receber a mesma tutela da norma, pois, sob a perspectiva da igualdade jurídica formal e material, é proibida a "regulação desigual de fatos iguais" (Hesse, 1998, p. 330).

Agora, vejamos outras circunstâncias que ampliam e integram a necessidade de observar a Lei Maria da Penha em seu mais otimizado grau de proteção.

O Brasil é o país que mais mata pessoas trans no mundo, com um total de 175 casos em 2020⁸⁴, sendo que desse total 78% eram negras e a maioria de um contexto social mais pobre

(Benevides, 2023, p. 30, p. 47). Isso expõe uma condição de vulnerabilidade das mulheres trans que deve ser observada à luz da sua capacidade de perpetuar uma conjuntura violadora de direitos fundamentais. Por tal razão, surge uma irrisignável necessidade de o Estado agir, de forma a erradicar, ou ao menos reduzir drasticamente, esta condição e as violações decorrentes dela. Compreende-se que a Lei Maria da Penha é uma forma de atuação estatal que detém um relevante potencial de satisfação desse dever imposto ao Estado. Trata-se de um instrumento destinado a tutelar efetivamente os direitos e as garantias fundamentais das mulheres no Brasil, sendo elas mulheres cis ou mulheres trans.

Sob esse racional, observamos a abordagem normativa de Robert Alexy sobre os direitos fundamentais, para evidenciar a correta análise acerca da amplitude desses direitos no ordenamento jurídico brasileiro. Para Alexy, os "direitos fundamentais, compreendidos como princípios, exigem uma realização máxima diante das condições fáticas e jurídicas presentes" (Alexy, 2010, p. 90). De modo que devem ser enxergados como mandamentos de otimização e, por isso:

***[...] são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas [...]* (Ibid., p. 90).**

Destarte, os direitos fundamentais exigem que, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, a satisfação seja máxima, de maneira que a restrição da otimização só pode ocorrer quando não houver possibilidade jurídica ou fática para que aqueles direitos se amplifiquem. O que não entendemos ser o caso analisado aqui.

Nesse sentido, estamos diante de uma

ampliação da possibilidade jurídica de tutela dos direitos fundamentais. A extensão do conceito de mulher não só é epistemológica e sociologicamente impositiva, mas também juridicamente. Essa extensão viabiliza uma maior proteção do Estado perante a população trans, que está submetida a uma conjuntura de barbárie e experiência – através da invisibilização e da violência – à negação do seu direito de existir. Restringir o conceito de mulher a um sentido biológico significa cercear, injustificada e desproporcionalmente, a otimização de direitos fundamentais, que são verdadeiros pilares do Estado Democrático de Direito. Seria, nesse sentido, institucionalizar a violação "suportada" por essa parcela relevante da sociedade.

A restrição do conceito de "mulher" é pautada pela cisheteronormatividade e resultante de uma interpretação que se apodera da voz constitucional, para evidenciar uma única identidade possível dentro do Direito, ainda que as "identidades" sejam plurais e estejam em constante reconstrução. Segundo Camilla Gomes (2017), essas identidades não podem ser guiadas por uma interpretação imutável e reducionista, isso significa que não podem ser tidas de forma constativa. Para a jurista, "Homem, mulher e sexo são conceitos, operações discursivas, performativas e, sujeitas a interpretação, sujeitas a (re)inscrições subversivas, sujeitas à abertura hermenêutica" (Gomes, 2017, p. 179). Nesse racional, Gomes problematiza a estagnação e a leitura restritiva da hermenêutica constitucional, aqui refletida como restrição do conceito de mulher:

Quando tomados em leitura constativa na hermenêutica constitucional, o que se faz é contribuir para que, bem mais do que reconhecer apenas esse duo de identidades, a universalização da voz na Constituição desconheça quaisquer especificidades e crie uma massa homogênea, esmagando

particularidades e reconhecendo apenas os dois gêneros da matriz heterossexual: homens e mulheres cisgênero e heteroconformes (Ibid., p. 179).

Sob esse prisma, constata-se: a pluralização do conceito de “mulher” se traduz como uma abertura hermenêutica para a ampliação da possibilidade jurídica de otimização de direitos fundamentais. Nesse sentido, tal extensão também se materializa como uma busca:

Por caminhos de desconstruir as identidades dadas pela criação do Direito como forma de permitir que sujeitos excluídos nessa violência instauradora possam ter em mãos os mecanismos de inclusão jurídico-política, as condições de cidadania (Gomes, 2017, p. 181).

Essa ampliação é, também, enxergada como uma medida que prima pela força ativa da Constituição. Para esse racional, frisa-se a concepção do jurista Konrad Hesse acerca do tema. A Constituição, ao seu ver, embora não possa por si só, provocar alterações fáticas no mundo para fazer valer o “Dever ser” imposto por ela, ela pode impor tarefas – e assim o faz. A força ativa constitucional depende da concretização dessas tarefas na realidade (Hesse, 1991, p. 19). Contudo, tais tarefas só podem ser realizadas se existir:

[...] a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem[...] (Ibid., p. 19).

Essa vontade de concretizar a ordem constitucional traduz-se como “vontade de Constituição”, que deve estar presente na consciência geral do povo, especialmente na consciência daqueles que são responsáveis pela or-

dem constitucional (Ibid., p. 19). Somente a partir da materialização dessa vontade, será possível concretizar direitos e, consequentemente, fomentar a força ativa constitucional que, ao fim e ao cabo, representa a robustez do ordenamento constitucional. A população ordenada deve crer na capacidade de organização provida pela Constituição e, também, agir em defesa dos comandos contidos nela. É isso que dá à Constituição força de alteração da realidade.

Note-se: a vontade de Constituição dos responsáveis pela ordem constitucional é ainda mais importante, uma vez que são esses que criam, dizem e fiscalizam o Direito. O Estado, por meio de suas instituições, deve ser vigilante dos princípios da Constituição; afinal, foi esta que o originou, e é esta que o norteia e o vincula.

A tutela dos direitos fundamentais é princípio fundamental da ordem jurídica democrática; por isso, a maximização desses direitos se mostra como uma das tarefas essenciais impostas pela Constituição. Aqui, frisamos: essa tarefa deve ser concretizada pelo povo e principalmente, por aqueles que regem o Estado.

Sob o viés da força ativa da Constituição, a vigência da ordem constitucional depende da aptidão das instituições jurídicas em tutelar, otimizada e aprofundada, direitos e garantias fundamentais do povo.

Por tais razões, a extensão do conceito de “mulher” não se exaure apenas como uma conclusão lógica da epistemologia do termo e da interpretação sistemática da Lei e da Constituição; essa extensão nos revela uma oportunidade de primar pela otimização de direitos fundamentais, ampliando a possibilidade jurídica de proteção e, assim, primando pela vigência de nossa Carta Magna.

Como agentes da República, nós temos o dever de, sempre que possível, estender a tu-

tela de direitos fundamentais àqueles que clamam por ela. Somente assim fazemos coro à Constituição que nos rege e ao ordenamento que nos mantém de pé.

Ante o exposto, com fundamento nos arts. 1º, inciso III, 3º, IV, e 5º, *caput*, da

Constituição Federal e nos Princípios de Yogyakarta, dá-se provimento ao recurso para, reconhecendo que se aplicam integralmente às mulheres trans os dispositivos da Lei Maria da Penha, deferir as medidas protetivas pleiteadas.

NOTAS DE RODAPÉ

⁷⁵ Submetido em 21 fev. 2024. Aprovado em 12 jul. 2024.

⁷⁶ Mestre e graduada em filosofia pela Universidade de Brasília (UnB) e graduanda em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). E-mail: biancaoc66@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4861409582192744>.

⁷⁷ Graduando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). E-mail: pedrorrprates@outlook.com. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/4903509332604253>.

⁷⁸ A mudança de nome é um processo muito importante na transição para pessoas que não se identificam com o gênero atribuído ao nascer. O "nome morto" é aquele que lhe é dado de nascença e é substituído pelo nome que afirma e é condizente com a identificação de gênero da pessoa trans (Carreira, 2020).

⁷⁹ A "cisheteronormatividade" pode ser compreendida como a normatização e naturalização do modo de se relacionar afetivamente (e com a identidade de gênero) que perpassa a heterossexualidade e o binarismo masculino-feminino compulsório. Impõe-se, socialmente, através de regras culturalmente repetidas, que haja tal linearidade entre a prática sexual (heteroafetiva) e a identidade de gênero (cis) (Costa; Costa; Kahhale; Brambilla, 2023).

⁸⁰ "Pessoas não-binárias são pessoas cuja identidade de gênero não se restringe à lógica binária, ou seja, à noção de que somente existiriam homens e mulheres. Pessoas não-binárias podem vivenciar identidades agênero (sem gênero), bigênero (ambos os gêneros), de gênero neutro ou fluído ou qualquer outra identidade fora do binário masculino-feminino" (Guimarães; Mallmann; Zanini, 2023, p. 237).

⁸¹ Nesta, decidiu-se que a lei – notadamente, o Código Penal Militar – não poderia fazer uso de expressões pejorativas e discriminatórias, tendo em vista o direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo.

⁸² Nesta decisão paradigmática, foi definido que nenhuma interpretação dada ao art. 1.723 do Código Civil poderia impedir o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo.

⁸³ O tema da “essencialização” da mulher foi extensamente discutido por estudiosas de gênero como Simone de Beauvoir que, por exemplo, buscou desconstruir a ideia de um conceito universal de mulher, uma essência, argumentando que o gênero “mulher”, assim como todos os outros são constituídos histórica e socialmente (Beauvoir, 1967).

⁸⁴ Inserimos, nesta parte da reescrita, os dados conforme a publicação referente a 2020, de modo a manter a coerência com a decisão que foi proferida em abril de 2021.

JULGADO OBJETO DA REESCRITA

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Recurso Em Sentido Estrito n.º 1500028-93.2021.8.26.0312. Voto n.º 37367/2021. São Paulo, 22 de abril de 2021.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Lídia Nascimento; SILVA, Matheus de Souza; SPOSATO, Karyna Batista. A Aplicação da Lei Maria da Penha para as Mulheres Trans – Aportes da Teoria Crítica Feminista e Do Método da Posicionalidade. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 20. n. 106, p. 141-160, abr/jun, 2023.

ALEXY, Robert; **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

BEAUVOIR, S. **O Segundo Sexo**: A Experiência Vivida. Tradução de Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967, v. 2.

BENEVIDES, Bruna. **Dossiê**: Assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022. Brasília, DF: Distrito Drag; ANTRA, 2023.

BENEVIDES, Bruna. **Dossiê**: Assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2023. Brasília, DF: Distrito Drag; ANTRA, 2024.

BENTO, Berenice. **Escutar vozes e falar em línguas**. Transviad@s: gênero, sexualidade e direitos humanos. Salvador: EDUFBA, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006, Lei Maria da Penha.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CARREIRA, Pedro. O que é o “nome morto” e como este é prejudicial para as pessoas trans. **Esqrever**, 3 dez. 2020. Disponível em: <https://esqrever.com/2020/12/03/o-que-e-o-nome-morto-e-como-este-e-prejudicial-para-as-pessoas-trans/>. Acesso em: 5 de jul. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n.º 270, de 11 de dezembro de 2018. Disponível em: https://www.tjmsp.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/resolucao_270_11122018_12122018112523.pdf. Acesso em: 31 jan. 2024.

COSTA, Luisa Brandão; COSTA, Júlia Pagano; KAHHALE, Edna M. S. Peters; BRAMBILLA, Beatriz Borges. Ansiedade ou cisheteronormatividade? Um estudo de caso na clínica em psicologia sócio-histórica. **Mosaico**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 65-82, 2023.

FIRMINO, Flávio Henrique; PORCHAT, Patricia. Feminismo, Identidade e Gênero em Judith Butler: Apontamentos a partir de “Problemas de Gênero”. **Doxa: Revista Brasileira de Psicologia e Educação**, Araraquara, v.19, n. 1, p. 51-61, jan/jun. 2017.

GOMES, Camilla de Magalhães. **TÊMIS TRAVESTI – as relações entre gênero, raça e direito na busca de uma hermenêutica expansiva do “humano” no Direito**. 2017 Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição), Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/23975>. Acesso em: 11 jul. 2024.

GUIMARÃES, Aline; MALLMANN, Rafaela; ZANINI, Eduardo. O Reconhecimento da Não-Binariedade de Gênero a Partir da Atuação da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. **Revista da Defensoria Pública**, Porto Alegre, ano 14, v. 2, n. 33, p. 234-252, 2023.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**: Die normativekraft der Verfassung. Edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**: Grundzüge des Verfassungsrechts des Bundesrepublik Deutschland. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KER, João. 'É uma alegria e responsabilidade', diz jovem trans que conseguiu proteção pela Lei Maria da Penha. **Terra**, 6 de abr. de 2022. Disponível em: https://www.terra.com.br/nos/e-uma-alegria-e-responsabilidade-diz-jovem-trans-que-conseguiu-protecao-pela-lei-maria-da-penha,c4939176935e9dfba2c3052244f84bc436nor19x.html?utm_source=clipboard. Acesso em: 24 jan. 2023.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta. **Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. 2006.

Disponível em: https://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta Mais 10. **Princípios de Yogyakarta sobre a aplicação dos direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. 2017. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pfdc/midiateca/outras-publicacoes-de-direitos-humanos/pdfs/principios-de-yogyakarta-mais-10-2017-1>. Acesso em: 5 dez. 2023.

RUBIN, Gayle. The Traffic in Women. In: HANSEN, K; PHILIPSON, I. **Women, Class and the Feminist Imagination**. Philadelphia: Temple, 1990.

REESCRITA DE DECISÃO JUDICIAL EM PERSPECTIVA FEMINISTA: PRECONCEITOS DE GÊNERO E RAÇA CONTRA MULHERES AMARELAS NO BRASIL

Rewriting a judicial decision from a feminist perspective: gender and racial prejudices against Asian-Brazilian women⁸⁵

Beatriz Ayme Akahoshi Hukama⁸⁶

RESUMO

O presente trabalho se propõe a reelaborar, a partir de uma perspectiva feminista, um acórdão proferido pelo TST que concedeu indenização por danos morais a uma trabalhadora que foi chamada de apelidos tais como “japa”, “japonesa” e “japoneusa” por seu superior hierárquico. O objetivo deste trabalho é, através da reescrita da decisão, evidenciar preconceitos, interseccionando gênero e raça, contra mulheres amarelas presentes em nossa sociedade e como o direito é atravessado por isso.

PALAVRAS-CHAVE: julgamento em perspectiva de gênero; gênero; raça; danos morais; asiático-brasileiras(os).

ABSTRACT

This article proposes to re-elaborate, from a feminist perspective, a judgment handed down by the TST that granted compensation for moral damages to a female worker who was called nicknames such as “Japa”, “Japanese” and “Japoneusa” by her superior. Through rewriting the decision, the objective of this paper is to highlight prejudices, intersecting race and gender, against Asian-Brazilian women in Brazilian society and how the law is crossed by this.

KEYWORDS: judgment from a gender perspective; gender; race; moral damages; Asian-Brazilian.

1. RESUMO DO CASO

A autora K.Y.K. interpôs reclamação trabalhista contra a empresa R. C. e C. de R. S.A., após encerramento de contrato de trabalho, apresentando os seguintes pedidos: pagamento de horas extras, pagamento de vale-alimentação, reconhecimento de equiparação salarial com cargo compatível a suas funções, pagamento de *plus*-salarial, dentre outros direitos trabalhistas.

Além disso, a autora pede pela concessão de indenização por danos morais decorrente de assédio moral perpetrado por superior hierárquico que a chamava de apelidos que remetiam à sua ascendência, tais como “japa”, “japonesa” e “japoneusa”. Este último pedido é o tema da presente reescrita de decisão judicial.

Em relação ao referido pedido, a decisão de primeira instância e a decisão do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) não lhe deram provimento, razão pela qual foi interposto recurso no Tribunal Superior do Trabalho (TST).

O processo foi recebido pelo TST. O acórdão proferido reformou o julgado do TRT e, portanto, condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$20.000,00.

O presente trabalho tem por objeto a reescrita do referido acórdão.

Trata-se do acórdão do TST, em sede de Recurso de Revista com Agravo (RRAg), n.º 1001818-88.2017.5.02.0067. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado. 3ª Turma. Data de julgamento: 26/04/2023. Data de publicação: DEJT 28/04/2023.

2. JUSTIFICATIVA

“Japa”. Por que uma simples palavra inofensiva é capaz de gerar tantos danos? Danos esses, inclusive, juridicamente relevantes (e, portanto, indenizáveis)? Mas não é uma sim-

ples palavra. E palavras raramente conseguem ser inofensivas. Em verdade, não é sobre a palavra, é sobre o que está por trás dela. É sobre o que ela carrega, é o que ela mascara, é o que ela esconde.

A escolha do presente acórdão se justifica justamente para retirar a máscara do machismo e racismo velado e recreativo. Para denunciar o que está por trás de piadas e apelidos que parecem inofensivos, mas que evocam muitas dores e conflitos em relação à própria identidade cultural de mulheres amarelas. Para evidenciar que a luta por um judiciário mais feminista é também expor intersecções de raça.

O machismo no ambiente de trabalho é um fenômeno que impacta diretamente na integridade psicológica das mulheres. Ter seu trabalho supervisionado excessivamente, ser “xingada”, receber de homens convites ou insinuações constrangedoras e não ter suas opiniões levadas em consideração são algumas das situações mais frequentes de machismo no ambiente de trabalho, conforme pesquisa do Instituto Patrícia Galvão (2020).

Quando se intersecciona raça e gênero, o preconceito contra mulheres não brancas se intensifica ainda mais. De acordo com bell hooks,

Nenhuma intervenção mudou mais a cara do feminismo norte-americano do que a exigência de que pensadoras feministas reconhecessem a realidade de raça e racismo. Todas as mulheres desta nação sabem que seu status é diferente do de mulheres negras/não brancas. Elas sabem isso desde o tempo em que eram garotas assistindo à televisão e vendo somente imagens delas, e folheando revistas e vendo somente imagens delas. Elas sabem que a única razão para mulheres não brancas estarem ausentes/invisíveis é o fato de não serem brancas. Todas as mulheres brancas desta nação sabem que a branquitude é uma categoria

privilegiada. O fato de que mulheres brancas escolhem refrear ou negar esse conhecimento não significa que sejam ignorantes. Significa que estão em negação (hooks, 2018, p. 69).

Em relação ao contexto de mulheres amarelas brasileiras, podemos observar que essas mulheres são vistas sob óticas e estigmas construídos socialmente. Estereótipos de docilidade, quietude, submissão, exotificação, sexualização são frequentes em uma sociedade misógina, racista e xenofóbica.

Piadas que remetem à cor e à ascensão de mulheres amarelas não devem ser interpretadas como meras brincadeiras, mas manifestações de machismo e preconceito racial presente na sociedade brasileira, que marginaliza e retira a subjetividade dessas mulheres, reduzindo-as a estereótipos.

É preciso reconhecer que não se trata, porém, de querer comparar o racismo contra pessoas amarelas com o racismo contra pessoas pretas ou indígenas. Este último é muito mais intenso, explícito e presente na formação histórica e social do país. Mas, sim, elucidar que a dinâmica racial do Brasil é muito mais complexa do que se pensa.

Diante disso, a presente reescrita jurídica se propõe a cumprir o objetivo de denunciar as complexidades do racismo e violência de gênero que acometem mulheres amarelas brasileiras e, assim, explicar por que o apelido "japa" não é uma palavra simples e tampouco inofensiva, mas que carrega em si relações de poder, de raça e de gênero presentes na sociedade brasileira.

3. PROBLEMÁTICAS ENVOLVIDAS

Apesar de se tratar de um acórdão que demonstra progresso no judiciário brasileiro, uma vez que, de fato, concede danos morais a uma trabalhadora que foi chamada de apelidos

ofensivos pelo seu superior hierárquico, o acórdão ainda não reconhece que o preconceito racial e de gênero contra mulheres de ascendência asiática existe no Brasil. Na verdade, afirma exatamente o oposto: que ele não existe⁸⁷.

Dessa forma, o acórdão se limita a reconhecer que houve exposição vexatória e abusiva da trabalhadora, mas sem contextualizar essa situação como um episódio de racismo e violência de gênero. Diante disso, cabe-nos questionar: o que é o direito senão reflexo de valores de uma sociedade?

É comum que se banalize e se relativize o preconceito racial contra mulheres amarelas na sociedade brasileira. As decisões judiciais refletem isso. A falta de representatividade de mulheres amarelas em instâncias de poder somada à deficiência de letramento racial nos cursos de Direito do país evidencia que a magistratura brasileira não está livre de reproduzir preconceitos de raça e gênero.

O Judiciário, enquanto poder efetivador de garantias e direitos fundamentais previstos em nossa Constituição, é capaz de legitimar ou deslegitimar condutas dentro das balizas constitucionais.

É por isso que o julgamento em perspectiva feminista pelo Judiciário, no sentido de reconhecer preconceitos de gênero e raça contra mulheres amarelas, é tão caro para que mudanças sociais efetivamente ocorram: pois é capaz de transformar meras piadas em ilegalidades que atentam contra a dignidade humana, nos termos dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

A produção acadêmica, no espaço da universidade pública e dos cursos de Direito, é uma forma, portanto, de dar visibilidade às diversas formas de violência de gênero e de raça a que mulheres amarelas brasileiras estão sujeitas. Ao ocupar este espaço, é nosso dever expandir esses debates para além de nossas comunidades e nichos e expor que é possível

construir decisões judiciais feministas e antirracistas sem escapar dos parâmetros da tecnicidade jurídica.

4. MÉTODOS

A reescrita de decisão judicial consistiu na reescrita de um dos capítulos do voto do relator do acórdão. Mais especificamente, o capítulo: "B: Recurso de Revista, I) Conhecimento, 2. Danos morais. Apelidos de origem étnica. Caracterização." Optou-se por manter a decisão proferida pelo acórdão e reelaborar a fundamentação dessa decisão.

De acordo com o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, emitido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (2021, p. 36), para uma decisão em perspectiva feminista, é fundamental reconhecer que o judiciário não está livre de vieses e desigualdades históricas. Por isso, o método utilizado na reescrita baseou-se em: a) adotar como premissa o fato de que o judiciário não deve ser um espaço de neutralidade; e, b) portanto, as decisões judiciais devem ser atravessadas por perspectivas de gênero, raça e classe.

Como desdobramento desse método, buscou-se contextualizar a violência de gênero e o racismo contra mulheres amarelas brasileiras, reconhecendo que o caso em questão não é pontual, mas faz parte da construção social preconceituosa da imagem dessas mulheres.

Para tanto, como base teórica, utilizou-se, além do direito vigente à época (legislação, doutrina e jurisprudência), diversos textos acadêmicos das mais variadas áreas para fundamentar e conceituar o preconceito de raça e gênero existente no Brasil contra mulheres amarelas.

Por fim, é necessário se fazer uma ressalva de que os termos "amarela" e "amarelo", na presente reescrita, são utilizados para se

referir ao contexto de pessoas com ascendência leste-asiática. É preciso reconhecer que o racismo contra pessoas de ascendência asiática não se opera somente contra esse grupo, mas também contra diversas etnias e culturas de origem asiática, como por exemplo, descendentes de pessoas oriundas do Oriente Médio e do Sul da Ásia. Entretanto, tendo em vista que o caso em questão trata de apelidos especificamente atribuídos a pessoas do leste-asiático, optou-se por abordar o preconceito vivido por essas pessoas em específico. Em especial, mulheres pertencentes a esse grupo.

5. A REESCRITA

Em relação aos danos morais, a reclamante pugna pela reforma do julgado.

Com razão a reclamante.

Imperioso reconhecer a presença dos requisitos configuradores do dano moral sem a necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, em conformidade com a Súmula n.º 126 do TST.

Para tanto, em primeiro momento, é preciso contextualizar a violência de gênero e raça que acomete mulheres amarelas no Brasil. Em seguida, expor como o presente caso está inserido dentro deste contexto, demonstrando as razões de direito que justificam a concessão de indenização por danos morais à reclamante.

Constou expressamente no acórdão recorrido que a autora era tratada de maneira preconceituosa por parte do seu superior hierárquico com apelidos pejorativos decorrentes de sua origem, como "japa", "japoneusa" e "japonesa".

Tal situação, em um primeiro momento, pelo senso comum, pode parecer chacota inofensiva. Isso porque é comum que se naturalize e se banalize o racismo contra pessoas amarelas. Entretanto, fato é que o racismo possui várias facetas e complexidades na sociedade

brasileira.

De acordo com Alessandra Devulsky, autora do livro sobre o tema,

[o] colorismo é um mecanismo racista que apresenta uma hierarquização das diferenças no corpo social, em especial no Brasil, e que propõe uma lógica a partir da qual ser homem e branco se torna almejavél. Em contrapartida, quanto mais distantes desse padrão, mais excluídas as pessoas serão. Ao tratar de indivíduos, é importante buscar compreender os impactos que os contextos cultural, histórico e social possuem em relação à constituição das subjetividades. Em outras palavras, questões como raça e gênero interferem no processo de construção identitária (Devulsky, 2021 apud Kurihara; Baliscei, 2021).

Dessa forma, embora o racismo contra pessoas amarelas não seja tão intenso e presente na formação histórica e social do país quanto o que as pessoas pretas, pardas e indígenas sofrem, também está presente no Brasil, haja vista a lógica colorista presente na sociedade brasileira, que busca segregar pessoas racializadas.

De acordo com o período histórico em que se vive, esse racismo se torna mais ou menos evidente. Um exemplo disso ocorreu durante a pandemia de Covid-19, uma vez que foram noticiados vários casos de violência contra pessoas amarelas em decorrência do discurso falacioso de que chinesas e chineses foram responsáveis por disseminar intencionalmente o vírus. Entretanto, apesar de haver casos como este de racismo mais direto, no contexto contemporâneo do Brasil, uma das manifestações mais frequentes de racismo contra pessoas amarelas é através de racismo recreativo e microagressões.

Conforme Adilson Moreira,

[o] conceito de racismo recreativo designa uma

política cultural que utiliza o humor para expressar hostilidade em relação a minorias raciais. O humor racista opera como um mecanismo cultural que propaga o racismo, mas que ao mesmo tempo permite que pessoas brancas possam manter uma imagem positiva de si mesmas. Elas conseguem então propagar a ideia de que o racismo não tem relevância social. Não podemos esquecer que o humor é uma forma de discurso que expressa valores sociais presentes em uma dada sociedade (Moreira, 2018).

Já sobre o conceito de microagressões, afirma Moreira:

O conceito de microagressões designa uma série de atos e falas que expressam desprezo ou condescendência por membros de grupos minoritários. Eles diferem de formas tradicionais de discriminação baseadas na intenção aberta de ofender e marginalizar porque podem ser conscientes ou inconscientes, podem ocorrer sem violar normas jurídicas, podem ser produto da ausência de visibilidade de grupos minoritários [...]. Uma piada sobre asiáticos pode parecer uma forma de criar uma oportunidade de aproximação, mas ela reproduz estereótipos que afetam a dignidade e a saúde mental dessas pessoas (Ibid.).

De acordo com Moreira (2018), em pesquisa jurisprudencial, o ambiente de trabalho é onde o racismo recreativo mais se manifesta.

Dessa maneira, assim como ocorreu no presente caso, o racismo recreativo e microagressões contra pessoas amarelas se operam de forma a mascarar que determinadas piadas e apelidos que referenciam a ascendência leste-asiática tenham uma conotação racista.

Referir-se a uma pessoa amarela pela sua raça e origem, com apelidos tais como "japonesa", "japa", "japoneusa", "china", "kpop", "xing-ling", "oriental", entre outros apelidos

comumente atribuídos a pessoas amarelas, anula a subjetividade e a individualidade dessas pessoas, fazendo com que toda sua identidade seja resumida à sua raça. O racismo se manifesta na medida em que tais apelidos não são utilizados para chamar pessoas brancas. Não se observa com igual frequência brasileiras e brasileiros descendentes de portugueses, italianos ou espanhóis, por exemplo, serem chamados por suas respectivas ascendências. É neste contexto que o racismo contra amarelas e amarelos se evidencia: mesmo sendo brasileiras e brasileiros, pessoas com ascendência leste-asiática são vistas como estrangeiras e não pertencentes ao próprio país e, dessa forma, reduzidas à sua origem por apelidos jocosos.

Conforme Caroline Ricca Lee, Gabriela Akemi Shimabuko e Lais Miwa Higa, em **Feminismo Asiático**,

[o] direito à identidade étnico-racial é de suma importância no combate ao racismo, pois a partir dele podemos desafiar ideologias de multiculturalismo e diversidade que enrijecem noções de cultura, raça e identidade no Brasil e impedem o acesso pleno de certos grupos à cidadania. Não nos interessa a política de diversidade que nos designa como "japonesas" ou "árabes" na vitrine de país multicultural, pois as identidades são muito mais complexas do que os rótulos. Apesar de a ascendência japonesa ser vista de modo geral como um rótulo positivo, esse estereótipo é empregado com a intenção de nos ofender, de nos isolar e nos distanciar da nossa sociedade, de nos exotizar (Lee; Shimabuko; Higa, 2018, p. 330).

Observa-se, portanto, que apelidos e rótulos são utilizados como forma de segregação e distanciamento de pessoas amarelas, apesar de se camuflarem de simples brincadeiras.

Quando se intersecciona raça e gênero, pode-se observar que a luta antirracista deve estar necessariamente atrelada ao movimento feminista. De acordo com bell hooks,

[s]abíamos que não poderia haver verdadeira sororidade entre mulheres brancas e mulheres não brancas se as brancas não fossem capazes de abrir mão da supremacia branca, se o movimento feminista não fosse fundamentalmente antirracista.

Importantes intervenções em relação à raça não destruíram o movimento das mulheres, mas o fortaleceram. Superar a negação de raça ajudou mulheres a encarar a realidade da diferença em todos os níveis (hooks, 2018, p. 71).

O racismo, portanto, está intrinsecamente ligado ao machismo e à violência de gênero:

Compreendemos que as lutas contra a violência de gênero e o racismo são intrínsecas, uma vez que opressões de gênero para mulheres racializadas estão constantemente associadas ao preconceito e à discriminação de raça, cor e etnia (Lee; Shimabuko; Higa, 2018, p. 326).

Nesse viés, são construídos diversos estigmas em torno das características de mulheres amarelas. Ora estigmatizadas por serem recatadas, submissas e passivas, ora fetichizadas em um processo de exotificação de seus corpos, mulheres amarelas passam por diversas violências que perpassam raça e gênero:

Histórica e politicamente, corpos femininos asiáticos foram despossuídos de seus sujeitos em relação às suas escolhas de prazer, desejo e erotismo através de imagens e estereótipos que servem apenas a outrem. Deparamo-nos constantemente com a permissividade em objetificar o corpo de mulheres não brancas. Somos desumanizadas pelos pressupostos estereotipados e naturalizados de

subordinação, passividade e quietude (Ibid., p. 337-338).

Esses estigmas sociais perpassam o cotidiano de mulheres amarelas no Brasil, inclusive, no ambiente de trabalho, como se pode ver no presente caso. O machismo, no ambiente de trabalho, muitas vezes não se manifesta de forma explícita, mas de forma tácita, implícito nas diversas relações de poder e hierarquia com base no gênero. Assim, o ambiente de trabalho ainda se consagra como um ambiente misógino.

Conforme pesquisa realizada pelo Instituto Patrícia Galvão e pelo Instituto Locomotiva (2020), 76% das mulheres entrevistadas relataram já ter sofrido algum tipo de violência ou assédio no ambiente de trabalho.

Quando se acrescenta o fator racial, o machismo no ambiente de trabalho se potencializa: raça e gênero se imbricam de forma indissolúvel. 11% das entrevistadas pela referida pesquisa declararam já terem sido discriminadas em decorrência de sua raça (dentre as quais, 15% negras e 4% não negras) (Instituto Patrícia Galvão/Locomotiva, 2020).

Chamar uma trabalhadora de “japa” ou outros apelidos em relação a sua etnia é uma forma de afirmação de que, naquele ambiente de trabalho, existe uma relação de poder e hierarquia de gênero e raça, subjugando e depreciando a trabalhadora pelo fato de ela ser mulher e ter ascendência japonesa.

Nesse sentido, lembra Adilson Moreira, em **Racismo Recreativo**, que o racismo recreativo é, antes de tudo, uma reafirmação de poder ditado pela branquitude:

É importante termos em mente que o humor racista não é apenas um meio de divulgação de estigmas referentes a membros de minorias raciais. Em última instância, ele tem o propósito de afirmar a ideia de

que os membros do grupo racial dominante são os únicos atores sociais competentes. Dessa forma, o humor racista tem um objetivo importante: convencer os indivíduos de que os arranjos sociais só podem ser preservados se pessoas brancas forem mantidas em posições de poder (Moreira, 2019, p. 84).

Dessa forma, o estereótipo de que mulheres amarelas são submissas, disciplinadas, recatadas e exóticas propicia a criação de um imaginário na sociedade brasileira. Um imaginário que permite, como se vê no presente caso, que sejam motivo de piada e apelidos jocosos como forma de reafirmar relações de poder de raça e gênero dentro do ambiente de trabalho. Possibilita também que esses apelidos sejam reproduzidos de forma explícita e reiterada, uma vez que se imagina que essas mulheres levarão esses comentários na brincadeira, porque são “cordiais” e “passivas”, e que isso não terá nenhuma consequência jurídica, uma vez que esses apelidos são socialmente aceitos e reproduzidos.

É fato que esses estigmas preconceituosos afetam o patrimônio moral dessas mulheres. Isso porque comprometem a sua saúde mental e autoestima, podendo gerar distúrbios de ordem psicológica, como ansiedade e depressão:

Mulheres da diáspora asiática são submetidas a conflitos de identidade, desvalorização de seus corpos, subjetividades e vozes, inferiorização, vergonha e não aceitação (Lee; Shimabuko; Higa, 2018, p. 338).

É o caso dos fatos contidos nos presentes autos.

Ora, a origem asiática, ao contrário do que se pensa, denota, sim, na sociedade brasileira, preconceito racial. O tratamento reiterado dirigido à reclamante, com expressões que

apagam sua subjetividade, resumindo a sua imagem a uma característica puramente étnica, de maneira racista, xenofóbica e misógina, causa estigma capaz de violar direitos da personalidade e ensejar dano moral.

De acordo com Maria Helena Diniz, os direitos da personalidade

[s]ão direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social) (Diniz, 2012, p. 142).

No presente caso, fica evidente que os apelidos jocosos “japa”, “japonesa” e “japo-neusa” foram capazes de violar direitos da personalidade da reclamante ao comprometer a sua integridade física e moral. Na esfera física, a sua integridade psíquica; na esfera moral, a sua honra no ambiente de trabalho.

Conforme Flávio Tartuce,

[a] honra é subclassificada em honra subjetiva (autoestima) e honra objetiva (repercussão social da honra). Tal divisão segue a doutrina, entre outros, de Adriano De Cupis, para quem “a honra significa tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal” (De Cupis, 1961, p. 111, apud Tartuce, 2018, p. 95).

No caso dos autos, demonstrou-se que tais apelidos foram capazes de afetar tanto a honra subjetiva da reclamante, repercutindo na sua autoestima; quanto a honra objetiva, refletindo na consciência de como a sua imagem era

vista e repercutida negativamente dentro do ambiente de trabalho através dos apelidos preconceituosos.

Além disso, o fato de os apelidos ofensivos terem sido perpetrados pelo superior hierárquico da reclamante, de forma reiterada, por ato ilícito capaz de comprometer a sua saúde psíquica demonstra que se está claramente diante de um caso de assédio moral.

Os fatos presentes nos autos corroboram com o entendimento desta Corte:

[...] DANOS MORAIS. ASSÉDIO MORAL. Para a configuração do dano moral capaz de ensejar indenização, é necessária a existência de ação ilícita do agente com o escopo de atingir o trabalhador, causando-lhe dor, sofrimento e diminuição de sua autoestima. No caso dos autos, ficou comprovado que o reclamante sofria tratamento caracterizador de assédio moral, à medida que seus superiores e colegas o chamavam por apelidos ofensivos, o que leva à manutenção da condenação indenizatória por ato ilícito, na forma dos artigos 927, caput, e 932, III, do Código Civil. Recurso de revista não conhecido. (ARR – 579-44.2012.5.04.0016, Relator Ministro: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 04/04/2018, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/04/2018)

A inércia do direito diante de casos de assédio moral de cunho racial e misógino, sem encetar dano moral, seria ser omissa com a violação à dignidade humana de trabalhadoras amarelas que passam por esse tipo de violência.

Assim sendo, constata-se que as situações vivenciadas pela reclamante realmente atentaram contra a sua integridade psíquica, além de afetar negativamente a sua honra – bens que compõem seu patrimônio moral protegido pela Constituição –, ensejando a reparação moral, conforme autorizam o inciso X do art. 5º da Constituição Federal e os arts. 186 e 927, caput, do CC/2002.

NOTAS DE RODAPÉ

⁸⁵ Submetido em 10 mar. 2024. Aprovado em 26 maio 2024.

⁸⁶ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E-mail: beatrizayme@usp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2486064962168185>.

⁸⁷ “Ora, ainda que a origem oriental, per si, não denote, na sociedade brasileira, preconceito racial, o tratamento reiterado dirigido ao empregado, com palavras que limitem a sua imagem laboral a uma característica puramente étnica, de maneira irônica, inadequada e censurável, causa estigma capaz de ensejar dano moral”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ARR – 579-44.2012.5.04.0016. Relator Ministro: Breno Medeiros. 5ª Turma. Brasília, DF, 4 de abril de 2018. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho – DEJT**. Brasília, DF, 6 de abril de 2018.

JULGADO OBJETO DA REESCRITA

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RRAg n.º 1001818-88.2017.5.02.0067. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado. Brasília, DF, 26 de abril de 2023. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho – DEJT**. Brasília, 28 abr. 2023.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ARR – 579-44.2012.5.04.0016. Relator Ministro: Breno Medeiros. 5ª Turma. Brasília, DF, 4 de abril de 2018. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho – DEJT**. Brasília, DF, 6 de abril de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021.

DEVULSKY, Alessandra. **Colorismo**. São Paulo: Jandaíra, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOOKS, bell. **O feminismo é para todo mundo**: políticas arrebatadoras. Tradução de Ana Luiza Libânio. 1. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO/LOCOMOTIVA. **Percepções sobre a violência e o assédio contra mulheres no trabalho**. Brasil, 2020. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/percepcoes-sobre-a-violencia-e-o-assedio-contra-mulheres-no-trabalho-instituto-patricia-galvao-locomotiva-2020/>. Acesso em: 20 fev. 2024.

KURIHARA, Julia Tiemi; BALISCEI, João Paulo. JAPONESA, ABRE O OLHO: racismo, xenofobia e misoginia contra mulheres amarelas. **Revista Teias**, Rio de Janeiro, v. 23, n.º 69, p. 273-293, abr. 2022. Disponível em http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1982-03052022000200273&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 20 fev. 2024.

LEE, Caroline Ricca; SHIMABUKO, Gabriela Akemi; HIGA, Laís Miwa. Feminismo Asiático. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de. **Explosão Feminista: arte, cultura, política e universidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 325-342.

MOREIRA, Adilson. **Racismo recreativo**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

MOREIRA, Adilson. Adilson Moreira: "O humor racista é um tipo de discurso de ódio". [Entrevista concedida a] Brenno Tardelli. **Carta Capital**. São Paulo, 12/2018. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/justica/adilson-moreira-o-humor-racista-e-um-tipo-de-discurso-de-odio/>. Acesso em: 19 de fev. 2024.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 8. ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

REESCRITA FEMINISTA DO CASO DA R. P. DO A.: COMO DECISÕES JUDICIAIS ULTRAPASSAM PRECEITOS PROCESSUAIS EM CASOS ENVOLVENDO ABORTO E GÊNERO

Feminist rewrite of the Case of R. P. Do A.: How judicial decisions exceed procedural precepts in cases involving abortion and gender⁸⁸

Augusta Nobre Vieira da Silva⁸⁹

Giovanna Silva Siqueira⁹⁰

Lavínia Maria Sabage⁹¹

Luísa Trindade Faria⁹²

RESUMO

A presente reescrita analisa o caso do *Habeas Corpus* (HC) n.º 2188908-17.2017.8.26.0000, envolvendo R. P. do A., denunciada por supostamente praticar aborto em si mesma. A Defensoria Pública alegou constrangimento ilegal, questionando a legalidade da prova obtida pelo médico. É argumentada a inconstitucionalidade do art. 124 do Código Penal, por violar a dignidade e liberdade da mulher, além da imprestabilidade das provas derivadas de obtenção ilegal. O Acórdão foi reescrito para que fosse concedida a ordem para trancamento da ação penal. A abordagem feminista visa ampliar a sensibilidade às questões de gênero e justiça social, promovendo uma análise crítica do texto original e destacando as dimensões de gênero presentes no caso.

PALAVRAS-CHAVE: gênero; justiça; aborto; sigilo profissional; reescrita feminista.

ABSTRACT

The present rewrite analyzes the case of *Habeas Corpus* (HC) No. 2188908-17.2017.8.26.0000, involving R. P. do A., accused of having allegedly performed an abortion on herself. The Public Defender's Office alleged illegal constraint, questioning the legality of the evidence obtained by the physician. It is argued that Article 124 of the Penal Code is unconstitutional for violating the dignity and freedom of women. Besides, the inadmissibility of evidence derived from illegal acquisition is discussed. The ruling was rewritten to grant the order to dismiss the criminal action. The feminist approach aims to increase sensitivity to gender and social justice issues, promoting a critical analysis of the original text and highlighting the gender dimensions present in the case.

KEYWORDS: gender; justice; abortion; professional secrecy; feminist rewriting.

1. RESUMO DO CASO

Como objeto da reescrita, escolhemos⁹³ o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) que denegou o *Habeas Corpus* (HC) n.º 2188908-17.2017.8.26.0000, da Comarca de Mogi Mirim, impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo em benefício da paciente R. P. do A.. No caso em questão, R. P. do A.⁹⁴ foi denunciada pela prática do crime de aborto, conforme definido no artigo 124 do Código Penal (CP), por ter supostamente realizado um aborto em si mesma.

Segundo os documentos do processo, a paciente teria inserido comprimidos de Cytotec⁹⁵ em sua vagina, o que resultou em complicações de saúde que a levaram a procurar atendimento em um hospital, onde foi atendida pelo médico plantonista V. S. Após examiná-la e constatar o procedimento, o Sr. V. S. acionou a Guarda Civil Metropolitana, solicitando que esta fosse até a Santa Casa. Ao comparecerem ao local, os guardas municipais foram informados pelo médico do aborto realizado pela paciente em si mesma. Posteriormente, foram à delegacia relatar o ocorrido.

Durante a investigação feita pela polícia, a Santa Casa, respondendo a um ofício encaminhado pelo Delegado de Polícia, enviou o exame anatomopatológico do feto⁹⁶. Após a realização da denúncia, o Ministério Público solicitou a suspensão condicional do processo com base no art. 89 da Lei n.º 9.099/95⁹⁷. Durante a audiência para a suspensão, foi ordenada uma pesquisa para encontrar o endereço da paciente e, em seguida, os documentos do processo foram enviados para conclusão visando uma nova designação de audiência.

Neste momento, em benefício da paciente, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo impetrou um HC, alegando que ela estava sofrendo constrangimento ilegal por parte do juízo de direito da 2ª Vara da Comarca de Mogi

Mirim, pois foi denunciada por suposto aborto, apesar da falta de justa causa para dar seguimento ao processo penal. A defesa argumentou a atipicidade da conduta devido à inconstitucionalidade do art. 124 do CP, que violaria a dignidade da pessoa humana e a liberdade de escolha da mulher. Também questionou a existência de provas que confirmassem o aborto provocado e alegou violação do sigilo profissional pelo médico que comunicou os fatos à autoridade policial.

O pedido de HC foi analisado pela 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. Liminarmente, o pedido foi indeferido e a Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem. No corpo do Acórdão, o relator argumentou que a análise aprofundada das provas excedia os limites do HC e que a falta de justa causa não estava clara.

Além disso, destacou que o direito à vida prevalece sobre a liberdade da mulher e que o médico tem o dever de proteger a saúde e a vida das pessoas. Salientou que o crime de aborto está previsto no CP e que a vida é um bem de "valor insuperável", protegido pela Constituição Federal. Argumentou que a mulher não pode dispor da vida do filho em gestação, portanto, quem pratica aborto comete um crime.

Quanto à falta de justa causa para a ação penal, o relator explicou que o trancaamento da ação penal só é possível quando a inocência do acusado ou a atipicidade da conduta são evidentes, o que não ocorria no caso em questão. Também rejeitou a alegação de violação de sigilo profissional, pois o médico que denunciou o caso estava cumprindo seu dever de proteger a saúde e a vida das pessoas. Além disso, na fundamentação da decisão, o desembargador cita que "o médico foi duramente criticado e não teve sequer a oportunidade de se defender", o que ultrapassa os limites do HC, dado esse instrumento processual

possui a finalidade exclusiva de garantir a liberdade de alguém em casos de ilegalidade e abuso de poder. Portanto, tal questão sequer deveria estar em debate e, caso o médico entendesse pela necessidade de reparação, seria o caso de uma ação apartada. O HC foi parcialmente conhecido, mas, na parte conhecida, foi denegado, sendo a ordem não concedida.

2. JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA

A elaboração da presente reescrita foi feita de modo coletivo. Nosso primeiro contato com a reescrita de decisões sob a ótica feminista foi na disciplina optativa de "Direito e Equidade de Gênero", ministrada em 2022 e 2023 por um grupo de professoras da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP)⁹⁸. Nossa união enquanto grupo, bem como nosso embasamento teórico e raciocínio, foi desenvolvida no âmbito de uma atividade de extensão da FDUSP, chamada "Núcleo Direito, Discriminação e Diversidade"⁹⁹, além de termos recebido apoio direto nas revisões do coordenador do grupo, Daniel Lucas Dejavitte de Biagio¹⁰⁰. Nossa escolha pela temática do aborto é motivada pelo fato de a considerarmos uma questão que nos cerca constantemente enquanto mulheres, bem como pelo fato de ser uma temática tão importante e ao mesmo tempo tão controversa até mesmo em movimentos progressistas.

Em vista disso, nosso artigo busca analisar um dos vários casos que envolvem questões emblemáticas para a realidade feminina no Brasil como a licitude do aborto seguro através do Sistema Único de Saúde (SUS). Desse modo, tem como objetivo repensar os axiomas que estruturam a sociedade brasileira através de uma óptica feminista decolonial (Souza, 2023, p. 81-84) e antirracista (Severi, 2022, p. 3). A decolonialidade, para Luciana

Ballestrin, fundamentada no Grupo Modernidade/Colonialidade (M/C), constituído no final dos anos 1990 por intelectuais latino-americanos, é uma lente epistêmica, teórica e política que altera a forma de entender o mundo pós-colonial marcado pela colonialidade global (Ballestrin, 2013, p. 89). Assim, através dessas perspectivas compreendemos as mulheres, não como um grupo hegemônico, mas por meio de suas diferenças, especialmente, em relação a raça e diferenças socioeconômicas, evidenciando a vulnerabilidade de mulheres que dependem da saúde pública para procedimentos abortivos.

A escolha do caso em estudo partiu da necessidade de visibilizar e questionar a criminalização do aborto bem como a obtenção de provas por meio ilegal. Assim sendo, é crucial o exame do meio pelo qual a prova foi obtida, especialmente em casos nos quais são suscitadas discussões sobre o direito das mulheres, como o aborto. Ainda que o art. 5º, inciso I, da Constituição Federal determine que homens e mulheres possuem direitos e obrigações iguais, a realidade demonstra que, na prática, isso não acontece.

Recentemente, a temática do aborto tornou-se ainda mais evidente com o Projeto de Lei (PL) n.º 1904/2024, que visa equiparar o aborto após 22 semanas de gestação ao crime de homicídio simples, inclusive nos casos de estupro, restringindo ainda mais a legalidade do aborto. Assim, em PLs como esse, evidencia-se a negação dos direitos de mulheres e, especialmente, de mulheres negras e mulheres hipossuficientes, dado que, segundo os dados do Fórum Nacional da Segurança Pública 52,2% das vítimas de estupro de 2021 eram mulheres negras (Guimarães, 2022). Em acréscimo, pesquisa da Escola de Enfermagem e da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) concluiu que "jovens, na faixa etária de 18 a 24 anos, negras, com baixa

escolaridade e renda, da região Nordeste, são as vítimas mais frequentes [*de violência cometida por parceiro íntimo*] (UFMG, 2021). Logo, a discussão acerca do aborto legal e seguro torna-se uma necessidade no Brasil.

No caso em questão, evidencia-se que a obtenção de provas ilegítimas foi aceita apesar de transgredir normas processuais, como o art. 207 do Código de Processo Penal (CPP) que proíbe depoimentos de pessoas que, devido à profissão, devam manter sigilo. Outrossim, a despeito da Constituição assegurar direitos iguais e das normas processuais garantirem a legalidade das provas, a decisão tomada pelo juiz foi desfavorável à mulher, o que não é uma exceção no Estado de São Paulo, segundo dados do Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres da Defensoria Pública de São Paulo: "dos 37 casos atendidos no estado, 20 foram iniciados com denúncias de profissionais de saúde, que quebraram o sigilo ético" (Farah; Correia, 2023). Portanto, a reescrita desse caso é essencial para suscitar questões de desigualdade de gênero no Direito brasileiro, no qual o julgamento entre homens e mulheres é influenciado por ideais machistas do patriarcado (Severi, 2016, p. 575), o que se soma ao fato do devido processo legal não ter sido respeitado.

Ademais, com a ascensão do movimento feminista, em especial na década de 1970, a luta pela legalização do aborto ganhou amplitude (Pimentel; Villela, 2012, p. 20-21), apresentando múltiplos argumentos e pesquisas que demonstram que a legalização do aborto, além de ser um direito da mulher sobre o próprio corpo, também é uma questão de saúde pública, o que coloca em cheque o art. 124 do Código Penal atual. Tal Código, apesar de ter sido editado, foi publicado em 1940, ou seja, suas origens e princípios que o regem remontam a uma época na qual mulheres e homens não tinham os mesmos direitos¹⁰¹, tor-

nando obsoleta a aplicação deste código em relação aos limitados casos permitidos para o aborto legal.

Com base nos argumentos e objetivos expostos, a reescrita do voto do relator deste caso é justificada para debater questões da desigualdade de gênero no Direito brasileiro, tanto devido à normalização de obtenção de provas ilegais e antiéticas para casos de aborto, como também ao questionamento acerca de sua própria criminalização. Tal medida negligencia o direito da mulher ao seu corpo e coloca em risco aquelas com menor poder aquisitivo, por se colocarem em situações de risco enquanto outras conseguem pagar por um procedimento abortivo mais seguro (Batalha, 2018). Sendo assim, é essencial abordar questões da falha na aplicação do art. 5º da Constituição que determina a igualdade de todos.

3. INDICAÇÃO DAS PROBLEMÁTICAS

Ainda que o aborto tenha previsão legal, conforme demonstra o art. 128 do Decreto-Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro de 1940, que explicita o direito ao aborto em casos específicos como ameaça da vida da gestante ou uma gestação decorrente de violência sexual, a temática do aborto constitui um tema atual com debates efervescentes na sociedade brasileira. Em 2012, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 54¹⁰², decidiu que a gravidez do feto anencéfalo poderia ser interrompida. Contudo, o aborto não é legalizado em sua integralidade, tipificado como um crime contra a vida previsto no Código Penal nos arts. 124 a 126, sendo a sua legalização uma constante luta dos movimentos feministas (Pimentel; Villela, 2012, p. 20-21).

Mesmo antes da Assembleia Constituinte de 1988, Silvia Pimentel, advogada, professora da Faculdade de Direito da Pontifícia Univer-

sidade Católica de São Paulo (PUC-SP), e a Personalidade Acadêmica do Prêmio Jabuti Acadêmico 2024, já entendia e discutia esse tema. Em seu artigo "Aborto: um Direito da Mulher" (Pimentel, 1985, p. 18-20), Pimentel sugeriu que a Constituição apresentasse dispositivos que garantissem o aborto de forma legal, mas ao mesmo tempo constatou que o cenário à época não era favorável e o conservadorismo sempre intervinha nesta questão.

Mesmo com a previsibilidade do aborto legal citada nos três casos acima, ainda há formas para impedir o acesso por parte das mulheres que desejam gozar desse direito garantido. Como por exemplo, a Lei Municipal n.º 7.492/2023 que foi aprovada na cidade de Maceió no final do ano de 2023. Esta lei define que todas as gestantes que buscarem o aborto legal na rede municipal de saúde devem ser expostas a imagens do feto em desenvolvimento, de detalhes da cirurgia que será realizada, além de receberem orientações sobre o procedimento abortivo e seus riscos, bem como sobre procedimentos de entrega a adoção.

A comunidade que defende os direitos das mulheres se pronunciou diante dessa legislação. Uma delas foi Paula Lopes, advogada e fundadora do Centro de Defesa dos Direitos da Mulher de Alagoas, que declarou que a lei é "uma medida anti-mulheres que demonstra que o controle de corpos de mulheres é muito mais importante que qualquer pauta da cidade" (Santos, 2023).

Ficando perceptível o esforço legislativo para minar um direito conquistado por e para mulheres, mas isso não é uma mera reflexão apenas do patriarcado de forma abstrata mas de forma concreta: ao realizar uma pesquisa no site da Câmara Municipal de Maceió¹⁰³, é possível constatar que, dos 25 vereadores, apenas 4 são mulheres. Em uma escala maior, em 2024, há apenas 91 mulheres em relação a 422 homens na Câmara dos Deputados (2019,

2022).

Isso reflete a existência de hierarquias sociais que se mantêm através da divisão sexual do trabalho, que simultaneamente é fruto e reprodutor dessas desigualdades, tendo a seguinte divisão: o trabalho produtivo é exercido pelo "homem", um trabalho remunerado para que ele continue no papel de provedor e com o reconhecido valor social, já para a "mulher" é destinado o trabalho reprodutivo, o de manutenção da vida e cuidado tendo a duplicidade de ser realizado de forma gratuita ou remunerada, no espaço doméstico. Mesmo com a entrada das mulheres no mercado de trabalho de forma massiva, essa estrutura continua incrustada na sociedade. Para se ter um quadro amostral, nas eleições de 2022, houve 33,27% de candidaturas femininas (Rodrigues; Parreira; Cassela, 2022).

Nosso sistema judiciário não foge dessa assimetria, sendo ele majoritariamente masculino, especialmente quando pensamos em quem pratica a jurisdição, ou seja, um ente imparcial que decide e condena as partes em um processo: a figura do juiz. Segundo relatório de raça e gênero feito em 2019 pela plataforma JUSTA, a maioria dos indivíduos que ocupam cargos de juízes é do gênero masculino (60% homens; 40% mulheres). A desigualdade é ainda maior na progressão da carreira para os cargos de desembargadores (77% homens; 23% mulheres). Além disso, a igualdade racial está longe de ser conquistada, como é possível observar no mesmo estudo, no qual apenas 6,6% das juízas são mulheres negras, diminuindo para apenas 2,2% nos cargos de desembargadores. A pesquisa citada é um espaço amostral da realidade, pois foi respondido por 64,7% dos membros dos Tribunais de Justiça estaduais, e a coleta de dados se deu com um questionário aplicado pelo CNJ a todos os magistrados do país na pesquisa Perfil Socio-demográfico dos Magistrados Brasileiros (CNJ, 2023).

Ainda, cabe destacar o levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no censo demográfico de 2022, o qual mostra que 51,5% da população é composta por mulheres e 55,5% se autodeclaram negros e negras (Censo, 2023). Contudo, esses quadros populacionais pouco se refletem nos espaços de poder, demonstrando que estes grupos estão sub-representados também no sistema judiciário.

Ademais, tal desigualdade pode realmente ter influenciado na aplicação material da lei no presente caso. A decisão escolhida, de cunho sexista, foi proferida por um desembargador homem e foi votada por outros dois desembargadores homens. Ao reescrevermos a decisão, fizemos referência ao acórdão redigido pela Kenarik Boujikian¹⁰⁴, que em caso similar e anterior ao presente adotou entendimento contrário ao Desembargador Poças Leitão e, além de considerar a nulidade das provas por ilicitude, criticou a criminalização do aborto em seu voto. Inclusive, no que tange ao sigilo médico, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) teve o mesmo entendimento da desembargadora, no HC n.º 448.260/SP¹⁰⁵.

Por fim, no que tange especificamente a questão do aborto que, além de ser um problema relevante socialmente, é também um problema de saúde pública que atinge pessoas com gênero, raça e classe definidos. Segundo a Organização Mundial da Saúde, ocorrem, entre 2010 e 2014, cerca de 55 milhões de abortos no mundo – destes, 45% foram realizados de forma insegura (Cardoso; Vieira; Saraceni, 2020, p. 2). No cenário brasileiro, os dados encontram-se incompletos, pois dados assistenciais estão somente disponíveis para o setor público e dados de mortalidade dependem de investigação do óbito. De todo modo, o artigo “Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais?” procura catalogar os dados públicos com a finalidade de descrever o cenário do aborto no

país¹⁰⁶, mesmo com as dificuldades informacionais citadas acima:

[...] a distribuição do total de óbitos por aborto entre 2006 e 2015, segundo a cor da pele, manteve distribuição relativamente estável, com aproximadamente metade dos óbitos no grupo de mulheres de cor parda. A RMM específica por aborto segundo a cor da pele mostra que no Brasil, pelos dados registrados no SIM e no SINASC, o grupo de mulheres de cor preta apresentou os maiores valores de 2006 a 2012 (Cardoso; Vieira; Saraceni, 2020, p. 4).

Diante desses dados, mulheres negras são as que mais morrem pela prática do aborto ilegal, em um cenário de desigualdades que marca pela falta de acesso a direitos no país, especialmente, aos direitos sexuais e reprodutivos quando se trata de mulheres negras e pobres. Segundo Lélia Gonzalez, uma das principais vozes brasileiras no âmbito da discussão sobre a questão racial, ser negra e mulher no Brasil “é ser objeto de tripla discriminação, uma vez que os estereótipos gerados pelo racismo e pelo sexismo a colocam no nível mais alto de opressão” (Gonzalez, 2020, p. 58).

Nosso trabalho se propõe a produzir uma decisão judicial que considere esse contexto brasileiro de desigualdade de gênero, racial e social, fazendo uma reescrita de uma decisão que julgamos injusta e uma afronta aos direitos conquistados pelas mulheres.

4. INDICAÇÃO DO MÉTODO ADOTADO PARA A REESCRITA

Para a reescrita do Acórdão referente ao caso da R. P. do A., adotamos uma abordagem feminista, decolonial e antirracista, visando ampliar a sensibilidade às questões de gênero e justiça social, como proposto por Severi e Lauris (2022, p. 55-56). Os métodos feministas

de pesquisa jurídica destacam a importância de incluir a perspectiva das mulheres, reconhecer a diversidade de experiências e dar voz às narrativas muitas vezes marginalizadas. O método escolhido envolveu a análise crítica da decisão original, identificando lacunas e silenciamentos em relação à experiência e perspectiva da mulher envolvida no processo judicial. Esse método, conhecido como “fazer a pergunta da mulher”, como definido por Bartlett (1990, p. 829-888), busca revelar como diferentes decisões jurídicas impactam de maneira distinta homens e mulheres, promovendo uma análise mais equitativa e inclusiva.

Optamos por divergir da decisão original, alterando o seu interior para que, diferente do que ocorreu no voto do relator original, fosse concedido o HC em favor de R. P. do A.. Buscamos recontextualizar e reformular a fundamentação de modo a destacar as dimensões de gênero presentes no caso. A reescrita foi realizada com o objetivo de promover uma maior inclusão e representatividade, bem como reconhecer as complexidades e desigualdades presentes no sistema judicial.

Os fatos do presente caso foram mantidos em sua integralidade. Já a fundamentação e a decisão foram elaboradas de maneira integralmente diversa do Acórdão original, concedendo o HC, com o intuito de afastar o julgamento patriarcal (Facio; Fries, 1999), que perpetua normas e valores que reforçam a desigualdade de gênero ao subjugar as mulheres e manter o controle masculino sobre diversos aspectos da vida social e jurídica, como previamente foi feito pelo relator original em seu voto. Ao adotar uma perspectiva feminista, buscamos contribuir para o pensamento de uma justiça mais equitativa e sensível às necessidades das mulheres em situações judiciais.

5. A REESCRITA

As dras. Ana Rita Souza Prata e Paula Sant'anna Machado de Souza, Defensoras Públicas, impetraram a presente ordem de *Habeas Corpus* (HC), com pedido de liminar, em favor de R. P. do A., aduzindo que está ela sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Mogi Mirim, pois foi denunciada por suposta prática de aborto, pese embora a inegável ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal.

Sustentam as impetrantes a atipicidade da conduta ante a inconstitucionalidade do art. 124 do CP, uma vez que afronta a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, a liberdade de escolha da mulher.

Alegam, ainda, a falta de justa causa para a ação penal, sendo ilícitos os elementos de prova contidos nos autos, pois a comunicação dos fatos à Autoridade Policial foi feita pelo médico plantonista da Santa Casa de Mogi Mirim, violando, assim, o sigilo profissional.

Aduzem, também, não haver provas de que o aborto foi provocado.

Requerem, dessarte, o trancamento da ação penal (fls. 01/34).

A liminar foi indeferida consoante o despacho de fls. 181.

As informações solicitadas encontram-se às fls. 184/185, com as cópias de fls. 186/191.

O ilustre Dr. Procurador de Justiça, em seu Parecer de fls. 194/203, opinou pela denegação da ordem.

É O RELATÓRIO.

Inicialmente, no que toca ao pedido de inconstitucionalidade do art. 124 do Código Penal, não há possibilidade de que esta E. 15ª Câmara de Justiça declare expressamente seu caráter inconstitucional.

O aborto é um direito fundamental a ser

pleiteado e vem sendo colocado em pauta, inclusive nesta E. 15ª Câmara de Justiça, pela Vossa Excelência Sra. Desembargadora Kenarik Boujikian¹⁰⁷. Sua legalização promove autonomia corporal e reprodutiva às mulheres e evita que elas se submetam aos perigos associados a abortos clandestinos e inseguros. A busca por esse direito é fundamental para promover a igualdade de gênero, garantindo que todas as pessoas tenham acesso a serviços de saúde sexual e reprodutiva. Por fim, a descriminalização do aborto também respeita a diversidade de crenças morais e religiosas, permitindo que cada indivíduo tome decisões íntimas de acordo com suas próprias convicções e circunstâncias.

Mesmo em vista dos motivos acima expostos, não é cabível nos presentes autos o afastamento da incidência do art. 124 do CP, sem que ele tenha sido declarado previamente pelo órgão específico para tal, conforme art. 97 da Constituição Federal:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Assim, o presente juizado não possui competência para afastar a norma que criminaliza o aborto, declarando a inconstitucionalidade do art. 124, impedindo o acolhimento da tese das impetrantes no que tange ao pedido de inconstitucionalidade desse dispositivo legal.

Quanto aos fatos, a primeira prova de que teria ocorrido o aborto adveio de uma declaração médica. A paciente, após complicações pelo uso de remédio tipicamente abortivo, foi até o Hospital, onde foi atendida e denunciada pela prática de aborto pelo médico que a atendeu, o sr. V. S.. Assim, a autora foi encaminhada para a delegacia, onde realizou exame de comprovação da prática abortiva.

Contudo, a legislação brasileira prevê o

sigilo profissional, como se nota no Código Penal, em seu art. 154:

Art. 154 – Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único – Somente se procede mediante representação.

Essa norma visa preservar a confiança em relações profissionais. Especialmente na área da saúde, o direito-dever do sigilo se mostra fundamental: além de proteger o paciente de julgamentos externos, seja de desconhecidos ou de pessoas próximas, o sigilo cria segurança para que o paciente tome suas decisões terapêuticas de forma autônoma. Em casos, até mesmo ilegais, como complicações após a realização de aborto, o sigilo médico deverá prevalecer para que o paciente consiga acessar o seu Direito à Vida e à Saúde, sem julgamento ou pressão externa (Villas-Bôas, 2015, p. 513-523).

Em vista disso e buscando preservar a dignidade do paciente, o art. 73 do Código de Ética Médica foi assim redigido:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal (grifou-se).

Em face disso, é possível concluir que a

denúncia médica configura obtenção de prova por meio ilegal, assim todas as provas daí derivadas são imprestáveis. No presente caso, se não fosse a denúncia realizada pelo médico que atendeu a autora, não haveria a prova derivada da delegacia comprovando a prática abortiva.

Desse modo, nenhuma prova subsiste, dado que a prova originária carrega vício de nulidade insanável, não há que se falar em condenação, dado que todas as provas para tal são nulas, como previsto no art. 157 do CPP¹⁰⁸. Portanto, deve ser aplicada a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Não obstante, tal teoria também foi tema de julgamentos no Supremo Tribunal Federal (STF), como nos HC n.º 69912¹⁰⁹ e HC n.º 108147¹¹⁰, em que ficou determinado que provas obtidas por meio ilegal teriam vícios de nulidade insanáveis.

Nos casos citados, a *ratio decidendi* está centrada na questão da obtenção de provas de forma ilegal que devem ser consideradas nulas, visando à proteção dos princípios fundamentais do devido processo legal.

Dessa maneira tem decidido esta E. 15ª Câmara de Justiça:

HABEAS CORPUS. Aborto. Trancamento da ação penal. Inconstitucionalidade do tipo penal imputado

à paciente, pela não recepção à ordem constitucional de 1988. Posição minoritária da relatora, o que impede encaminhar a tese para julgamento do Órgão Especial do TJSP, competente, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, anotando a súmula vinculante 10 (cláusula de reserva). Normativa constitucional de proteção da dignidade humana e intimidade, além do direito à saúde. Legislação infraconstitucional que dá concretude à normativa constitucional. Prova ilícita originária e por derivação. Nexo de causalidade entre a prova ilícita e a prova derivada. Médicos e outros profissionais e todos vinculados à informação confidencial têm o dever ético e jurídico de guardar o segredo que têm acesso em razão da relação de confiança estabelecida e ínsita na relação médico-paciente. Reprovável a ação médica que viola o sigilo, sem o permissivo legal. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida. (Proc. n.º. 2188896-03.2017.8.26.0000, 15ª Câmara de Justiça Criminal, Relatora: Kenarik Boujikian, j. 08/03/2018).

Assim, concedo a ordem para trancamento da ação penal, devido à nulidade de provas.

Comunique-se.

RELATOR.

NOTAS DE RODAPÉ

⁸⁸ Submetido em 18 mar. 2024. Aprovado em 16 ago. 2024.

⁸⁹ Estudante de Direito da Universidade de São Paulo (USP). E-mail: augusta.nobre@usp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7213624935623861>.

⁹⁰ Estudante de Direito da Universidade de São Paulo (USP). E-mail: giovannasiqueira@usp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0872191700875148>.

⁹¹ Estudante de Direito da Universidade de São Paulo (USP). E-mail: lavinia.sabage@usp.br. Currículo

Lattes: <https://lattes.cnpq.br/5202130669834515>.

⁹² Estudante de Direito da Universidade de São Paulo (USP). E-mail: luisatrindade@usp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2612929673904701>.

⁹³ No presente trabalho, optamos por utilizar a primeira pessoa do plural por tratar-se de uma reescrita coletiva feita por estudantes mulheres. Além de demonstrar o trabalho em conjunto, também denota o caráter não só acadêmico, mas também pessoal da matéria abordada, uma vez que o debate acerca da legalidade do aborto afeta intimamente todas as pessoas que nasceram mulheres, inclusive usamos o termo “mulheres” por seu significado histórico-político-social, mas entendemos que existam pessoas que gestam que não são mulheres cis.

⁹⁴ Escolhemos o uso das iniciais das partes ao longo para preservar o anonimato e proteger a paciente. Além disso, no edital do dossiê “Reescrita de decisões judiciais em perspectiva feminista” da **Revista Acadêmica São Francisco**, no item 7, “a”, é determinado às autoras que utilizem as iniciais para se referir às partes e aos envolvidos.

⁹⁵ Cytotec é um medicamento à base de misoprostol, um análogo sintético da prostaglandina E1. Originalmente desenvolvido para o tratamento de úlceras gástricas e duodenais, ele tem a capacidade de induzir contrações uterinas, o que faz com que seja utilizado para indução de parto e abortos. No Brasil, a venda e distribuição do Cytotec são rigorosamente controladas devido ao potencial de uso indevido. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) regulamenta o misoprostol como substância sujeita a controle especial por meio da Portaria 344/1998 do Ministério da Saúde, classificando-o como um medicamento que requer prescrição médica e cuidados específicos em sua administração.

⁹⁶ O exame anatomopatológico do feto é uma análise detalhada feita por meio da observação macroscópica e microscópica dos tecidos e órgãos fetais realizada por um patologista. Esse exame é utilizado para determinar a causa de morte fetal, identificar malformações congênitas, infecções ou outras anomalias.

⁹⁷ “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.”

⁹⁸ Em 2022, as seguintes docentes ministraram: Profa. Associada Nina Beatriz Stocco Ranieri, Profa. Titular Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, Profa. Dra. Susana Henriques da Costa e Profa. Dra. Sheila Christina Neder Cerezetti, e as professoras colaboradoras: Profa. Titular Paula Andréa Forgioni, Profa. Associada Ana Maria Nusdeo e Profa. Associada Mariangela Magalhães. Já em 2023, as seguintes docentes ministraram: Profa. Titular Ana Elisa Liberatore Bechara Profa, Associada Nina Beatriz Stocco Ranieri, Profa. Dra. Susana Henriques da Costa, Profa. Dra. Sheila Christina Neder Cerezetti,

Profa. Dra. Juliana Krueger Pela e Profa. Dra. Júlia Lenzi Silva.

⁹⁹ Projeto de extensão sob orientação do Prof. Dr. Conrado Hübner Mendes.

¹⁰⁰ Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo e mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Fundação Getúlio Vargas. E-mail: danieldejavite@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3444134437301247>.

¹⁰¹ "Assim sendo, o modelo de sociedade vigente durante o período do Código Penal de 1940 era o modelo androcêntrico sexista fundado em concepções patriarcais, no qual imperava a dominação do homem sobre a mulher, na qual a mulher era vista como ser inferior, frágil e submissa em relação ao homem, ao passo que esse era visto como ser viril, forte e provedor de sustento da família" (Cardoso de Vasconcelos; Correa Souza, 2016, p. 40-41).

¹⁰² MÊS DA MULHER: há onze anos, STF descriminalizou a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. **Portal STF**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=503580&ori=1>. Acesso em: 10 jul. 2024.

¹⁰³ OS VEREADORES de Maceió. **Câmara de Maceió**. Disponível em: <https://www.camarademaceio.al.gov.br/vereador>. Acesso em: 16 mar. 2024.

¹⁰⁴ Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ganhadora do prêmio de Direitos Humanos da OAB 2002.

¹⁰⁵ **"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 124 DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. PEDIDO DE DECLARAÇÃO INCIDENTAL DA NÃO RECEPÇÃO DO INDIGITADO PRECEITO DE REGÊNCIA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DA VIA ELEITA. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NULIDADE. ILICITUDE DA PROVA ANTE A SUPOSTA QUEBRA DO SIGILO PROFISSIONAL PELA MÉDICA QUE REALIZOU O ATENDIMENTO DA PACIENTE. OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO SIGILO PROFISSIONAL. ORDEM CONCEDIDA. [...] 4. Como bem consignado no parecer ministerial, 'trata-se, tal garantia, de proteção jurídica ao direito à saúde, porquanto não deve o paciente se sentir tolhido ou ameaçado ao procurar ajuda médica; ao contrário, deve se sentir seguro e acolhido, para que sua saúde seja resguardada, ao contrário do que ocorreria se, por exemplo, as mulheres que optam pela prática do abortamento ilegal e, ato contínuo, enfrentam complicações que colocam em risco sua saúde e sua própria vida, não pudessem procurar socorro junto aos profissionais de saúde com receio de serem presas ou processadas criminalmente'. 5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida, para reconhecer a ilicitude da prova e trancar a ação penal em relação a ora paciente quanto ao crime previsto no art. 124 do CP (HC n.º 448.260/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, j. em 3/10/23, DJe de 6/10/23.)"**

¹⁰⁶ A pesquisa citada (Cardoso; Vieira; Saraceni, 2020) utiliza os Sistemas de Informação que abrangem os dados SIM (mortalidade), SINASC (nascidos vivos) e SIH (internação hospitalar).

¹⁰⁷ Trecho de seu voto no Processo n.º 2188896-03.2017.8.26.0000: "Friso que o tema necessita de um enfrentamento real e urgente por parte do Estado brasileiro e sociedade, com o foco na saúde da mulher, especialmente porque o abortamento inseguro constitui uma das maiores causas de morte de milhares e milhares de mulheres brasileiras, especialmente as mais vulneráveis, as de menor poder aquisitivo, que sofrem com a seletividade penal, já que não podem ter acesso ao atendimento adequado e por conta própria e de diversas formas, buscam a solução para a gestação indesejada e só depois, quando estão em péssima situação física e emocional é que num gesto último de socorro, comparecem ao serviço público".

¹⁰⁸ "Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

¹⁰⁹ "PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFÔNICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSÍVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS n.º 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALÊNCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINÁ-LA E VIABILIZÁ-LA – CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (**FRUITS OF THE POISONOUS TREE**), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE (HC n.º 69912 segundo, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16-12-1993, DJ 25-03-1994 PP-06012 EMENT. VOL-01738-01 PP-00112 RTJ VOL-00155-02 PP-00508)".

¹¹⁰ A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do pedido, para se **declarar a ilicitude das provas produzidas por essas interceptações telefônicas, em razão da ilegalidade das autorizações**, e a nulidade das decisões judiciais que as decretaram amparadas apenas na denúncia anônima, sem investigação preliminar, cabendo ao juízo da Primeira Vara Federal e Juizado Especial Federal Cível e Criminal de Ponta Grossa/PR examinar as implicações da nulidade dessas interceptações nas demais provas dos autos. Prejudicados os embargos de declaração opostos contra a decisão que indeferiu a medida liminar requerida, nos termos do voto da Relatora. Falou, pelo paciente, o Dr. André Peixoto de Souza e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 11.12.2012.

JULGADO OBJETO DA REESCRITA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. 15ª Câmara de Direito Criminal. **Habeas Corpus n.º 2188908-17.2017.8.26.0000**, Relator: Desembargador Poças Leite. DJ: 07/07/2018, 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=2A129F2DE7925212C0374DA098A08894.cposg1?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=2188908-17.2017&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2188908-17.2017.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>. Acesso em: 15 de julho de 2024.

BIBLIOGRAFIA

ABORTO é questão de saúde pública. **Veja Saúde**. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/coluna/com-a-palavra/aborto-e-questao-de-saude-publica>. Acesso em: 16 mar. 2024.

ABORTO no Brasil: a legislação sobre interrupção de gravidez e os dados oficiais. **JOTA**, 17 maio 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/aborto-no-brasil-a-legislacao-sobre-interruptao-de-gravidez-e-os-dados-oficiais-28062022>. Acesso em: 16 mar. 2024.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Revista Brasileira de Ciência Política**, [S. l.], n. 11, p. 89–117, maio 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-33522013000200004>. Acesso em: 13 de julho de 2024.

BARTLETT, Katharine T. Feminist legal methods. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 103, n. 4, p. 829–888, 1990. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1119&context=faculty_scholarship. Acesso em: 4 jul. 2024. Tradução em espanhol disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4928666/mod_resource/content/1/334225745-Bartlett-Katharine-Metodos-Feministas-en-El-Derecho.pdf. Acesso em: 4 jul. 2024.

BATALHA, Elisa. Descriminalização da interrupção da gravidez é discutida no STF, com recorde de inscrições para debate. **Radis**, Rio de Janeiro, n. 191, p. 12–17, ago. 2018. Disponível em: https://radis.ensp.fiocruz.br/pdf/radis-191_web.pdf

BRASIL tem 10 milhões de analfabetos, apesar da queda na taxa em 2022. **Jornal da USP**, 03 jul. 2023. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/brasil-tem-10-milhoes-de-analfabetos-apesar-da-queda-na-taxa-em-2022/>. Acesso em: 16 mar. 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Bancada feminina aumenta 18,2% e tem duas representantes trans. **Portal**

Câmara dos Deputados, 03 out. 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/911406-bancada-feminina-aumenta-182-e-tem-duas-representantes-trans/>
#:~:text=A%20bancada%20feminina%20na%20C%C3%A2mara,em%202018%2C%20de%2077%20mulheres. Acesso em: 16 mar. 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Nova composição da Câmara ainda tem descompasso em relação ao perfil da população brasileira. **Portal Câmara dos Deputados**, 22 jan. 2019 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/550900-nova-composicao-da-camara-ainda-tem-descompasso-em-relacao-ao-perfil-da-populacao-brasileira/>
#:~:text=Entre%20os%20513%20deputados%20eleitos,do%20que%20na%20legislatura%20anterior. Acesso em: 16 mar. 2024.

CARDOSO, Bruno Baptista; VIEIRA, Fernanda Moreira Dos Santos Barbeiro; SARACENI, Valeria. Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais? **Cadernos de Saúde Pública**, [S. l.], v. 36, p. e00188718, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/8vBCLC5xDY9yhTx5qHk5RrL/>. Acesso em: 16 mar. 2024.

CARDOSO DE VASCONCELOS, Isadora Cristina; CORREA SOUZA, Luciana. A desigualdade de gênero na lei penal brasileira. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 35-46, 2016. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/65755>. Acesso em: 25 jun. 2024.

CENSO 2022: mulheres são maioria em todas as regiões pela primeira vez. **Agência Brasil**, 27 out. 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2023-10/censo-2022-mulheres-sao-maioria-em-todas-as-regioes-pela-primeira-vez>. Acesso em: 16 mar. 2024.

COM 55,5%, população negra é predominante no Brasil, diz Censo 2022 do IBGE. **O Tempo**, 22 dez. 2023. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/brasil/com-55-5-populacao-negra-e-predominante-no-brasil-diz-censo-2022-do-ibge-1.3298880>. Acesso em: 16 mar. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

CNJ aprova regra para garantir paridade de gênero em Tribunais de Justiça. **Conectas**, 26 set. 2023. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/cnj-aprova-regra-para-garantir-paridade-de-genero-em-tribunais-de-justica/>
#:~:text=De%20acordo%20com%20dados%20da,homens%3B%2023%25%20mulheres. Acesso em: 16 mar. 2024.

FACIO, Alda; FRIES, Lorena. **Feminismo, gênero y patriarcado**. In: FACIO, Alda; FRIES, Lorena (ed.). **Gênero y Derecho**. Santiago de Chile: LOM, 1999, p. 21-60. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4917132/mod_resource/content/1/

FACIO_ALDA_Y_FRIES_LORENA_FEMINISMO_GENERO_Y_PATRIARCADO.pdf. Acesso em: 4 jul. 2024.

FARAH, Tatiana; CORREIA, Mariama. STJ tranca ação contra mulher que abortou e foi denunciada pela médica. **Agência Pública**, [S. l.], 10 mar. 2023. Disponível em: <https://apublica.org/2023/10/stj-tranca-acao-contra-mulher-que-abortou-e-foi-denunciada-pela-medica/?amp>. Acesso em: 18 mar. 2024.

GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano**: ensaios, intervenções e diálogos. Organização: Flávia Rios Márcia Lima. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

GUIMARÃES, Juca. Brasil tem sete estupros por hora; mulheres negras são as principais vítimas. **Terra**, 28 jun. 2022. Disponível em: <https://www.terra.com.br/nos/brasil-tem-sete-estupros-por-hora-mulheres-negras-sao-as-principais-vitimas,a945775b6bcf75c5a8d4a08bd4aa1e9dcx44vdyq.html>. Acesso em: 4 jul. 2024.

JUSTA. Democratizando a gestão pública da justiça: gênero e raça. **Justa**, 10 jun. 2019. Disponível em: <https://justa.org.br/2020/07/21/democratizando-a-gestao-publica-da-justica/>. Acesso em: 16 mar. 2024.

LEI de Maceió obriga mulheres a verem imagem de fetos antes de aborto. **Migalhas**, 21 dez. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/399442/lei-de-maceio-obriga-mulheres-a-verem-imagem-de-fetos-antes-de-aborto>. Acesso em: 18 mar. 2024.

PIMENTEL, Silva. Aborto: um direito da mulher. Lua Nova: **Revista de Cultura e Política**, v. 2, n. 2, p. 18–20, set. 1985. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/rd7tSZV3sZcCCF8GC9X3Pgg/?lang=pt>. Acesso em: 16 mar. 2024.

PIMENTEL, Sílvia; VILLELA, Wilza. Um pouco da história da luta feminista pela descriminalização do aborto no Brasil. **Cienc. Cult.** São Paulo, v. 64, n. 2, p. 20-21, jun. 2012. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 mar. 2024.

RODRIGUES, Paloma; PARREIRA, Marcelo; CASSELA, Vinícius. Número de mulheres candidatas é o maior das últimas três eleições gerais. **G1**, [S. l.], 16 ago. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2022/eleicao-em-numeros/noticia/2022/08/16/numero-de-mulheres-candidatas-e-o-maior-das-ultimas-tres-eleicoes-gerais.ghtml>. Acesso em: 16 mar. 2024.

SANTOS, Patricia. Lei obriga mulheres a verem fotos do feto antes de aborto legal em Maceió. **Alma Preta**, 22 dez. 2023. Disponível em: <https://almapreta.com.br/sessao/politica/lei-obriga-mulheres-a-verem-fotos-do-feto-antes-de-aborto-legal-em-maceio/>. Acesso em: 10 de julho de 2024.

SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 3, n. 3, p. 574-601, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601>. Acesso em: 10 jul. 2024.

SEVERI, Fabiana Cristina. Aborto no Brasil: falhas substantivas e processuais na criminalização de mulheres. [S. l.]: **Clooney Foundation for Justice Initiative**, 2022. Disponível em: <https://cfj.org/report/abortion-in-brazil-substantive-and-procedural-flaws-in-the-criminalization-of-women/>. Acesso em: 25 jun. 2024.

SEVERI, Fabiana Cristina; LAURIS, Élida. E se os métodos feministas falassem: um debate epistemológico e metodológico sobre a pesquisa jurídica feminista no Brasil. In: BRAGA, Ana Gabriela Mendes; IGREJA, Rebecca Lemos; CAPPI, Riccardo (org.). **Pesquisar empiricamente o direito II**: percursos metodológicos e horizontes de análise. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2022, p. 49-80.

SILVIA Pimentel é a Personalidade Acadêmica do Prêmio Jabuti Acadêmico 2024 – CBL – Câmara Brasileira do Livro. **CBL**. Disponível em: <https://www.cbl.org.br/2024/07/silvia-pimentel-e-a-personalidade-academica-do-premio-jabuti-academico-2024/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SOUZA, Iara Antunes de. Os direitos sexuais e reprodutivos da mulher no Brasil na perspectiva do feminismo decolonial. **Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 12, n. 1, p. 81-84, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.17566/ciads.v12i1.969>. Acesso em: 25 jun. 2024.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS (UFMG). Mulheres jovens, negras e pobres são as mais atingidas por violência íntima, diz pesquisa. **UFMG**, 4 nov. 2020. Disponível em: <https://ufmg.br/comunicacao/noticias/mulheres-jovens-negras-e-pobres-sao-as-mais-atingidas-por-violencia-intima-diz-pesquisa>. Acesso em: 4 jul. 2024.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. O direito-dever de sigilo na proteção ao paciente. **Revista Bioética**, [S. l.], v. 23, n. 3, p. 513-523, set. 2015.

ARTIGOS COM TEMA LIVRE

A SOBERANIA DOS VEREDICTOS FRENTE À INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA: UMA ANÁLISE DA MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA NA ADPF N.º 779

Verdict's sovereignty over the unconstitutional pleading of the legitimate defense of honor: an analysis of the preliminary injunction granted within ADPF No. 779¹¹¹

Caio Afonso Borges¹¹²
Daniel Marques Segalovich¹¹³

RESUMO

Partindo-se da medida cautelar concedida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) nos autos da ADPF n.º 779, o presente artigo pretende abordar a tensão principiológica entre a soberania dos veredictos do tribunal do júri e a proteção dos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Para tanto, analisou-se a construção interpretativa da referida decisão que entendeu ser inconstitucional a tese jurídica da legítima defesa da honra e fixou a possibilidade de nulidade do julgamento caso arguida, mitigando-se a soberania dos veredictos do tribunal do júri. Almeja-se, portanto, traçar reflexões acerca do tribunal do júri enquanto garantia fundamental intrínseca ao processo penal frente à possibilidade de sua mitigação em favor de fundamentos do Estado Democrático de Direito, notadamente o direito à vida e à dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE: tribunal do júri; soberania dos veredictos; legítima defesa da honra; plenitude de defesa; clemência.

ABSTRACT

Based on a preliminary injunction granted by the Plenary of the Supreme Federal Court (STF) within ADPF No. 779, this article aims at discussing the conflict between the principle of the sovereignty of the jury's verdict and the enforcement of fundamental rights pursuant to the 1988 Brazilian Federal Constitution. It focuses on the *ratio decidendi* behind the aforementioned decision which, by ruling that pleading the legitimate defense of honor was unconstitutional, acknowledged the possibility of annulling one jury's ruling despite the presumed sovereignty of its verdict. Therefore, the analysis seeks to draw considerations on the tempering of the underlying guarantee of criminal defendants to due process with the yet fundamental right to life and human dignity.

KEYWORDS: jury trial; sovereignty of verdicts; legitimate defense of honor; full defense; jury pardon.

1. INTRODUÇÃO

O constituinte originário entalhou o tribunal do júri no rol de garantias individuais, estando expressamente previsto no inciso XXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal (CF/88). Ainda, assegurou à instituição do júri a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Dessa forma, passam pelo crivo do tribunal do júri aqueles que cometeram crimes dolosos atentatórios contra a vida de outrem, como, por exemplo, crimes de feminicídio. Nas situações em que este é o tipo penal imputado ao réu, não raro a defesa se ampara nos arts. 23, inciso II, e 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal¹¹⁴ (CP) a fim de desconstituir a ilicitude da conduta. Esses dispositivos versam sobre as hipóteses de exclusão de ilicitude, elencando, dentre elas, a legítima defesa, que é compreendida como o ato de repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, usando moderadamente dos meios necessários.

Quando essa hipótese de exclusão de ilicitude vem conjugada a situações que abrangem crimes atentatórios contra a vida de mulheres, por vezes coloca-se a honra do réu como bem jurídico que precisaria ser protegido e que, consequentemente, teria implicado a conduta tipificada pelo art. 121, § 2º, inciso VI¹¹⁵. É o que se configurou como a tese da legítima defesa da honra.

No início de 2021, essa tese veio a ser impugnada judicialmente por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 779. Cuida-se de ação proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), com pedido liminar, com vistas a que seja conferida interpretação restritiva conforme a Constituição aos referidos arts. 23, II, e 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de

Processo Penal (CPP), ou, alternativamente, que seja declarada a sua não recepção pelo texto constitucional vigente. Para tanto, o Requerente não somente alegou violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da não discriminação, como evidenciou se tratar de controvérsia judicial relevante, porquanto existentes diversas decisões contraditórias de Tribunais de Justiça, seja pela validação, seja pela anulação da absolvição de feminicidas com base na tese da legítima defesa da honra.

Em decisão proferida em sede de medida cautelar referendada pelo Plenário¹¹⁶, o Min. Relator Dias Toffoli lançou o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra seria inconstitucional, por contrariar os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e da igualdade de gênero.

Para além disso, a cautelar proibiu que a defesa sustente, direta ou indiretamente, a legítima defesa da honra nas fases pré-processual ou processual penal, bem como no julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento. Percebe-se, a partir disso, uma tensão entre os direitos fundamentais a que socorre a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) e os parâmetros constitucionais de atuação do tribunal do júri, enquanto garantia constitucional, sobretudo no que diz respeito à soberania dos seus veredictos.

Outrossim, em que pese a medida liminar em tela já tivesse sido deferida pelo Min. Relator, o PDT peticionou nos autos requerendo o aditamento da exordial para que fosse reconhecida conexão ou continência com o Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) n.º 1.225.185/MG. Nessa ação, discute-se, mais amplamente, a possibilidade de homicidas virem a ser absolvidos por clemência do júri, isto é, ainda que constatada a materialidade do fato e comprovada a sua autoria, conforme interpretação possível do § 2º e do inciso III do art. 483¹¹⁷ do CPP.

O instituto da clemência realça os contornos da questão na medida em que, com base na soberania dos veredictos, permite que o tribunal do júri, ainda que tenha constatado a presença de autoria e de materialidade, absolva o acusado. Assim, importa destacar que o manejo da clemência como argumento de quesito genérico que permite a absolvição do réu, mesmo quando atestada a materialidade e a autoria, gera incômodos doutrinários e jurisprudenciais que ora apontam para a validade de tal argumento, ora para a inviabilidade de tal tese.

O posicionamento que se coloca em defesa da inviabilidade da tese da clemência é representado por um setor jurisprudencial encabeçado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) n.º 313.215/RJ, assentou a tese de que

[a]s decisões proferidas pelo conselho de sentença não são irrecorríveis ou imutáveis, podendo o Tribunal ad quem, nos termos do art. 593, III, d, do CPP, quando verificar a existência de decisão manifestamente contrária às provas dos autos, cassar a decisão proferida, uma única vez, determinando a realização de novo julgamento, sendo vedada, todavia, a análise do mérito da demanda (HC n.º 313.251/RJ, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 28/02/2018, DJe 27/03/2018).

Julgados posteriores da Corte Superior ratificam essa tese, ainda que estejam atentos ao reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de repercussão geral no ARE n.º 1.225.185/MG (Tema n.º 1.087)¹¹⁸. Não obstante, ressaltam que o referido processo se encontra pendente de julgamento sem que haja determinação de suspensão dos processos em curso. A Quinta Turma do STJ vai além ao firmar entendimento – nos autos do AgRg no HC n.º 680.055/SP, de relatoria do Min.

Reynaldo Soares da Fonseca – de que a anulação da decisão absolutória do Conselho de Sentença (ainda que por clemência), manifestamente contrária à prova dos autos, segundo o Tribunal de Justiça, por ocasião do exame do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, não viola a soberania dos veredictos.

Essa linha argumentativa traz em seu bojo uma narrativa retórica que exige a fundamentação da clemência no acervo fático probatório, de modo que seria inválida, uma vez que totalmente dissociada das provas apresentadas.

Em sentido contrário, aqueles que pugnam pela validade de tal argumento se fundamentam na interpretação sistêmica dos princípios de ordem constitucional e processual penal para conjugar a soberania dos veredictos com o sistema da íntima convicção (Rangel, 2018, p. 247-249). Ainda, há quem agregue a essa estrutura axiológica argumentativa o sigilo das votações, na medida em que assegura que os jurados estariam guiados por seus princípios morais e éticos, livres da pressão popular e do peso da motivação jurídica da decisão (Mallet; Silveira, 2018, p. 84).

Reforça-se a legitimidade da tese da clemência no Conselho de Sentença, visto que os jurados são leigos e representam, em última instância, um “tribunal popular, tribunal do Povo, de quem todo o poder emana”, conforme parágrafo único do art. 1º, da Constituição Federal (Soares, 2021, p. 1522). Nesse sentido, Hugo Soares coloca a clemência como uma renúncia soberana à pena representante de um ato de vontade popular com múltiplas motivações, que não necessariamente se encontram vinculadas às provas dos autos. É, para ele, a abdicação da punição que não exige justificação uma vez que emitida justamente pelo povo, concretizado na figura do tribunal do júri, a quem a justificação seria direcionada (*Ibid.*, p. 1530).

O setor que pugna pela invalidade da tese da clemência no tribunal do júri, ainda que já tenha alcançado as Cortes Superiores, deve, ainda, superar o argumento que legitima a redação legal do quesito genérico em substituição a questões específicas de caráter técnico (*Ibid.*, p. 1530) e, consequentemente, a dissociação total da clemência às provas.

Diante desse quadro, o presente artigo pretende abordar a tensão entre o princípio da soberania dos veredictos e os fundamentos do Estado Democrático de Direito, considerando, sobretudo, a decisão do Supremo Tribunal Federal de que a tese da legítima defesa da honra, se arguida perante o tribunal do júri, pode provocar a nulidade do julgamento, ou seja, vício processual capaz de mitigar a soberania dos jurados.

2. O JULGAMENTO DA ADPF N.º 779 E A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

A ADPF n.º 779 foi ajuizada buscando a realização de interpretação conforme a Constituição sobre os arts. 23, II, e 25 do Código Penal e do art. 65¹¹⁹ do Código de Processo Penal para considerá-los compatíveis com a Constituição Federal apenas se interpretados como não incluindo, em seu âmbito de proteção, a tese da legítima defesa da honra. Alegou-se que essa tese violaria os preceitos fundamentais relativos ao direito fundamental à vida (art. 5º, *caput*), ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), ao princípio da não-discriminação (art. 3º, IV) e aos princípios do Estado de Direito (art. 1º), da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 5º, LIV), todos previstos expressamente no texto constitucional¹²⁰.

No mérito, alegou-se a inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra e a necessidade de concordância prática do dispositivo constitucional sobre a soberania do tribu-

nal do júri com os direitos fundamentais à vida e à proibição constitucional de preconceitos de qualquer espécie. Ainda, sustentou a primazia do bem jurídico "vida" sobre o bem jurídico "honra", dando enfoque à naturalização do feminicídio e à concepção de que a mulher seria propriedade do homem, ideias reforçadas e legitimadas pela tese impugnada, em flagrante violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, a exordial versou sobre a violação do princípio da proporcionalidade pelo assassinato de pessoa em relação de afeto que incorra em traição (real ou suposta), em decorrência do não cumprimento dos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Um contraponto apresentado é o julgamento do HC n.º 178.777/MG pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, oportunidade na qual se analisou apenas aspectos formais, de modo que o colegiado se posicionou pela prevalência da soberania dos veredictos do tribunal do júri sobre a alegação da inconstitucional tese da legítima defesa da honra. Tomando esse julgamento alicerce, a ADPF n.º 779 pretende estender o debate para descobrir o alcance da soberania dos veredictos do tribunal do júri, enquanto previsão constitucional expressa.

Portanto, intenta-se saber se a clemência do tribunal do júri – quesito genérico de absolvição que conforma decisões do Conselho de Sentença (Nucci, 2016, p. 800-801) ao permitir que conclua pela absolvição do réu mesmo atestando a materialidade e a autoria do fato – estaria amparada pela soberania dos veredictos na medida em que se decide de forma manifestamente contrária à prova dos autos e de maneira incompatível com os princípios, fundamentos e garantias constitucionais.

Diante disso, o que a ADPF n.º 779 pretende é que seja realizada uma interpretação

sistemática do art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", da CF/88, juntamente com o direito fundamental à vida, o princípio da proibição de preconceitos e discriminações de qualquer natureza, a razoabilidade e a proporcionalidade, bem como com o princípio da dignidade da pessoa humana, todos expressamente elencados no texto constitucional. Isso, para que seja superada a interpretação literal que vinha sendo aplicada à soberania do tribunal do júri a fim de garantir proteção a bens e a direitos substancial e valorativamente mais importantes, indo na contramão de uma tese que legitima a objetificação da pessoa humana e enseja a absolvição nas hipóteses de feminicídio ou violência contra a mulher.

A partir dos fundamentos vertidos na peça inicial, a medida cautelar referendada pelo Plenário reconhece que a legítima defesa da honra trata de tese que não encontra qualquer amparo no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, debruça-se sobre a atecnia da referida tese, que é comumente utilizada nos julgamentos submetidos ao rito do tribunal do júri por este comportar, em razão da plenitude de defesa, argumentos jurídicos e extrajurídicos.

O Relator identifica que a legítima defesa é caracterizada, conforme disposto pelo art. 25 do CP, pela presença de (i) agressão injusta e atual ou iminente; (ii) envolvimento de direito próprio ou de outrem; (iii) uso moderado dos meios necessários; e (iv) ânimo de defesa. Assim, o texto legal exclui da sua hipótese de incidência a conduta praticada a fim de conferir proteção a um bem jurídico contra ofensa perpetrada por terceiro.

Diante da necessidade da presença de todos os requisitos supramencionados, a decisão cautelar afirma que a tese da legítima defesa da honra não engloba todos eles. Isso, pois uma traição (real ou suposta) se encontra no plano ético e moral das relações amorosas, de modo que não há falar em direito subjetivo de

agir contra ela com violência. A prática de feminicídio ou do uso de violência, com a justificativa de reprimir comportamento supostamente adúltero, portanto, não se reveste de caráter de defesa de um bem jurídico, senão de ataque ao bem jurídico vida de terceiro de forma desproporcional e penalmente tipificada.

Ademais, fica assente na medida cautelar que a tese da legítima defesa da honra fere a dignidade da pessoa humana, a vedação de discriminação e o direito à vida e à igualdade. Isso, porque se trata de "recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídios [...] para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões"¹²¹, o que certamente contribui para que se naturalize e perpetue a cultura de violência contra as mulheres. Nessa toada, fica evidente que se trata de esforço para normalizar e reforçar a compreensão fundada no desprezo pela vida da mulher, a qual poderia ter sua vida suprimida em prol da afirmação de uma suposta honra masculina.

Por fim, o Min. Relator adentra na seara do tribunal do júri considerando precipuamente a plenitude de defesa e a soberania dos veredictos como chaves principais para se pensar a inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra.

A plenitude de defesa garante que os réus possam valer-se de argumentos jurídicos e não jurídicos para a formação do convencimento dos jurados. No entanto, diante da evidente discrepância com a dignidade da pessoa humana e demais princípios constitucionais, não cabe a legítima defesa da honra ser suscitada como argumento jurídico ou não jurídico sob o encampamento da plenitude de defesa. Portanto, essa não pode ser encarada como garantia fundamental absoluta, sobretudo quando empenhada na legitimação de práticas ilícitas e que vão patentemente de encontro à tutela constitucional do bem jurídico vida, eleito pela

Constituição Federal de 1988 como o de maior valor no ordenamento jurídico brasileiro.

A respeito da soberania dos veredictos, o principal entrave jurídico encontrado é quando se coloca em prática o instituto da clemência, que encontra fundamento legal no art. 483, inciso III e § 2º, do CPP. No entanto, para o Relator, a tese da legítima defesa da honra, caso alegada na fase pré-processual, na processual ou no julgamento perante o tribunal do júri, necessariamente enseja a nulidade do ato processual ou do julgamento. As razões para tanto, encontram azo nos princípios mencionados alhures, sobretudo no direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Por fim, na oportunidade do referendo da medida cautelar, o Min. Dias Toffoli, acolhendo sugestão do Min. Gilmar Mendes, ampliou o escopo da nulidade aventada ao impingir obstáculo não apenas à defesa, mas também à acusação, à autoridade policial e ao juízo, na ocasião de utilização da tese da legítima defesa da honra ou de qualquer outro argumento que a ela remonte direta ou indiretamente.

O Min. Luiz Fux e o Min. Roberto Barroso, por sua vez, acolhendo posicionamento formulado pelo Min. Edson Fachin, entenderam pertinente que seja dada interpretação conforme a Constituição ao art. 483, inciso III e § 2º, do CPP, para excluir da interpretação do quesito genérico a legítima defesa da honra, de modo que a decisão do Tribunal de Justiça que a anula é compatível com a garantia da soberania dos veredictos do tribunal do júri. Ou seja, autoriza-se a interposição de recurso contra decisão absolutória por clemência quando manifestamente contrária à prova dos autos em todos os casos de feminicídio. Isso objetiva impedir a aplicação da tese da legítima defesa da honra, a qual pode vir a ser tacitamente considerada pelos jurados para os efeitos da absolvição genérica, mesmo quando não alegada pelas partes. Assim, à acusação restaria facul-

tada a interposição de apelação, sem que lhe recaísse o ônus de demonstrar a utilização indireta da dita tese inconstitucional e tão logo havida a absolvição por clemência.

Em complementação ao voto do Min. Relator, o Min. Gilmar Mendes debruçou-se mais minuciosamente sobre as limitações argumentativas às partes na justiça criminal de um Estado Democrático de Direito, citando, para além de institutos previstos no direito internacional (como as *rape shield law*¹²²), o art. 28, do CP¹²³ e o art. 478, do CPP¹²⁴, como terrenos intransponíveis.

No entanto, o constitucionalista pontuou que, à diferença do ARE n.º 1.225.185/MG, a ADPF n.º 779 teria por escopo “os limites argumentativos que deveriam ser impostos às partes”,¹²⁵ e não propriamente a possibilidade de apelação contra decisão contrária à prova dos autos, pelo que não se justificaria o julgamento conjunto dessas ações tal como formulado pelo Requerente. Reconhece, porém, que ambas se propõem a questionar, no âmbito da sistemática processual penal, a inexigibilidade de motivação por parte dos jurados em suas decisões.

Por fim, o Min. Gilmar Mendes concluiu sua manifestação reconhecendo ser feliz a determinação de nulidade da decisão do tribunal do júri – mesmo que em conflito com a soberania dos veredictos – quando aventada a tese da legítima defesa da honra por quaisquer das partes processuais. Lembra, ainda, que o CPP, em seu art. 478, já prevê hipóteses de limitação argumentativa, de modo que a mitigação da soberania não seria novidade no ordenamento jurídico, sendo, assim, forma de compor uma interpretação sistêmica dos dispositivos legais e das garantias e princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Diante do panorama posto pelas manifestações no julgamento da ADPF n.º 779, observa-se que o Supremo Tribunal Federal,

quando em face de tensão principiológica inerente ao ordenamento jurídico, optou pela mitigação da soberania do veredicto do tribunal do júri em prol da preservação de princípios e fundamentos constitucionais, com destaque para o direito à vida, a proibição de discriminação e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, enquanto centro convergente de direitos.

3. TENSÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: A PLENITUDE DE DEFESA E A SOBERANIA DOS VEREDICTOS FRENTE À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Especial atenção foi conferida pelo constituinte originário ao tribunal do júri, em especial no que tange às garantias de defesa do acusado. Não sendo bastante o direito à ampla defesa, assegurado a todos os acusados, independentemente do processo judicial ou administrativo a que estejam sujeitos, recai ainda sobre aqueles que houverem praticado crimes da competência do tribunal do júri a “plenitude de defesa”, por força do art. 5º, XXXVIII, “a”, da CF/88.

Como explica Nucci (2020, p. 155-156), consiste tal garantia em parâmetro superior de defesa, facultando-se à defesa suscitar argumentos não apenas jurídicos, como também alheios à esfera do Direito. Isso, porque, diferentemente do que ocorre em julgamentos conduzidos por juízes togados, o júri formula veredicto com base em “íntima convicção”, dispensando-se a necessidade de motivação da respectiva decisão judicial. Logo, é de certo esperado que o advogado do acusado venha a enfrentar maior esforço persuasivo, e, assim, em compensação, igualmente maior é sua oportunidade para apresentar defesa.

Nesse sentido, pode-se assumir, em princípio, que a “legítima defesa da honra” figuraria entre os inúmeros artifícios argumentativos disponíveis ao acusado de feminicídio, no

exercício de sua plena defesa. Entretanto, a tentativa de se aproximar tal tese da hipótese contida no art. 23, II, combinado com o art. 25 do CPP, da chamada “legítima defesa” está, sob uma perspectiva jurídica, gravemente equivocada. Isso, porque a tese defendida pretende assentar que a ofensa à honra do cônjuge justificaria a supressão da vida, em supostamente justa compensação do prejuízo sofrido.

Tem-se aí duas inconsistências. A primeira referente ao bem que se pretende tutelar, qual seja a honra, na medida em que, enquanto atributo personalíssimo, não é objeto de abrigo no Direito Penal, mas elemento próprio da esfera das valorações morais. A segunda referente à desproporcionalidade da reação feminicida em face da gravidade da agressão sofrida, ainda que a honra viesse a ser tutelada pela legislação penal, haja vista que a própria redação do art. 25 do CPP requer o uso moderado dos “meios necessários” para repelir “injunta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” a fim de que seja configurada legítima defesa.

Diante da irrelevância da intervenção penal nos casos de traição conjugal, o legislador aboliu o crime de adultério, anteriormente previsto no art. 240 do Código Penal, dado que o comportamento reside puramente no campo da moralidade (Cunha, 2016, p. 88). Consequentemente, a eventual ofensa que essa conduta pudesse representar não produz efeitos jurídicos na seara penal, nem configura, logo, agressão a bem jurídico tutelado. De modo similar, sem que haja contravenção a Direito, não restaria configurado requisito da legítima defesa, a saber, a injustiça da alegada “agressão” (*Ibid.*, p. 265).

Ainda que a honra venha a ser considerada como bem individual tutelado pelo ordenamento jurídico penal tal qual a vida, a proporcionalidade imposta pelo art. 25 do CPP não se refere a um balanço “entre o bem injus-

tamente atacado e aquele sacrificado em nome da legítima defesa”, mas “entre a forma como se deu o ataque e a forma como ocorre a defesa” (*Ibid.*, p. 268). Portanto, não cabe determinar qual dos dois bens deve ser privilegiado, apesar de mormente a importância basilar do direito à vida, mas verificar se o assassinato de uma mulher se justifica em face de ofensa estritamente moral. Em se tratando de ação legítima, por parte da vítima, visto que não injusta, ou, em outras palavras, ilícita, resta “ao sujeito ativo submeter-se a ela” apenas, não podendo sequer invocar privilegiadora ou causa de diminuição de pena por eventual provocação injusta (Bittencourt, 2020, p. 1815).

Logo, não somente a tese da legítima defesa da honra se reputa como argumento juridicamente falho, como não há que se falar em necessária, mas não incomum, mitigação da plenitude de defesa neste caso. O próprio Código Penal empreende restrições quando prevê, em seu art. 28, inciso I, que a alegação de emoção ou paixão não exclui a imputabilidade penal. Da mesma forma, o Código de Processo Penal, em seu art. 478, veda às partes se referirem à pronúncia, sua confirmação ou ao silêncio do réu.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade da tese sustentada não seria de todo incompatível com a lógica de um sistema processual que, por si, já reconhece limites às garantias que prevê. Trata-se, portanto, de compatibilizar o direito de plenitude de defesa com a consecução de direitos fundamentais à base da própria existência do sistema penal, num arranjo que não prive o acusado de oferecer argumentos tendentes a ensejar sua absolvição, sem que forçosamente se legitime comportamento altamente reprovável.

Para esse mesmo sentido aponta a jurisprudência do STF¹²⁶ ao reconhecer a inexistência de garantias individuais absolutas no ordenamento jurídico brasileiro. Como bem as-

severa Paulo Gustavo Gonet Branco, nem mesmo os direitos fundamentais são absolutos, na medida em que podem “ser objeto de limitações” (Branco, 2007, p. 230). Por conseguinte, a mera previsão do princípio da plenitude da defesa na Carta Magna não a isenta de eventuais restrições excepcionais, quando justificadas pelo interesse público e observadas as demais disposições constitucionais.

Por outro lado, ainda que ao réu seja facultado empregar a tese da legítima defesa da honra e que o júri a acolha, proferindo veredicto pela sua absolvição, em contradição às provas contidas nos autos, a respectiva sentença seria, em princípio, por força da soberania dos veredictos, irrecorrível. Tal princípio, previsto no art. 5º, XXXVIII, “c”, da CF/88, refere-se essencialmente à impossibilidade de que um tribunal de juízes togados possa, adentrando ao mérito da questão, reformar a decisão do Conselho de Sentença. Entretanto, essa garantia não implica que o poder do tribunal do júri seja ilimitado e suas decisões sejam de todo irrecorríveis, mas autoriza a manifestação dos Tribunais acerca de sua regularidade e, diante de irregularidade, a sua cassação, seguida da realização de novo julgamento perante o tribunal do júri (Lima, 2020, p. 1445).

Em que pese a notabilidade das discussões a respeito da (ir)recorribilidade de sentença absolutória contrária ao conjunto fático-probatório dos autos, decorrente do quesito genérico do art. 483, § 2º, do CPP – conforme repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no *leading case* ARE n.º 1.225.185/MG – está-se aqui, porém, diante de situação distinta. Discute-se, então, no referido processo, a adstrição dos jurados às “teses suscitadas em plenário pela defesa”, mas não aos mandamentos constitucionais, mesmo que não levantados por nenhuma das partes (Brasil, 2020). A tese proposta no Tema n.º 1.087 do STF, a ser apreciada, prevê a possibilidade de

que o disposto no art. 593, III, "d" combinado com o § 3º,¹²⁷ do mencionado diploma, no tocante à apelação em face de "decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos", não se aplica à decisão absolutória fundada em quesito genérico.

Diante disso, o que se observa é um contexto de disputa que busca pacificar o entendimento a respeito da possibilidade de interposição de recurso ministerial contra decisão do Tribunal do Júri que, dissociada das provas dos autos, decida pela absolvição com base no quesito genérico do art. 483, § 2º, do CPP.

O posicionamento adotado pelo Min. Nefi Cordeiro, no julgamento do HC n.º 350.895/RJ pela Sexta Turma do STJ, aponta pela impossibilidade de absolvição por clemência, uma vez que a alteração legislativa de 2008 não teria ampliado os poderes dos jurados, que seguiriam vinculados às hipóteses absolutórias do art. 386, incisos I a VII do CPP. Nessa linha, a decisão por absolvição só seria válida se a defesa houvesse alegado tese absolutória contemplada na lei, sob pena de provocar vício sanável por meio de recurso apelatório a ser interposto pelo Ministério Público (Oliveira Júnior; Dias, 2020, p. 60).

Um segundo posicionamento, firmado pelo Min. Sebastião Reis Júnior nos autos do processo supramencionado, é o de admissão tanto da absolvição por clemência, como de controle da decisão por órgão jurisdicional *ad quem*, o qual verificaria a correspondência da decisão com a prova dos autos. Na doutrina, essa vertente é sustentada por Francisco de Oliveira Júnior e Eduardo Dias na medida em que entendem ser razoável a revisão da decisão absolutória por clemência quando dissociada das provas dos autos em homenagem ao princípio da razoabilidade em contraposição a supostos poderes absolutos dos jurados (*Ibid.*, p. 70-76).

Por outro lado, destaca-se o posiciona-

mento de Eliete Jardim, que sustenta a insindeticabilidade da decisão absolutória resultante de votação do quesito genérico. Para a autora, o fundamento do art. 593, III, "d", do CPP, que admite apelar de decisão do tribunal do júri contrária à prova dos autos, não se aplica ao quesito genérico de absolvição. Isso, porque os jurados "não negam nenhum fato comprovado ou afirmam algum fato cuja ocorrência não restou provada" (Jardim, 2015, p. 22), de modo que a absolvição se dá depois do reconhecimento da materialidade e da autoria. Assim, a autora sustenta que absolvição não pode ser taxada de contrária à prova dos autos, tendo em vista a impossibilidade de se saber quais os fundamentos utilizados pelos jurados para tanto. Ainda, Eliete Jardim aponta que, para o órgão jurisdicional *ad quem* analisar o mérito recursal e decidir se a decisão do tribunal do júri considerou a prova, seria necessário saber os motivos que levaram os jurados à decisão recorrida. Nessa senda, a autora conclui que "se tivessem sido [*os jurados*] motivados por fatos, o recurso mereceria provimento; se por razões outras, o recurso deveria ser improvido. Por óbvio tal possibilidade inexistente, diante do sistema da íntima convicção" (*Ibid.*, p. 23).

Diante dessas três vertentes, não se pode deixar de considerar que, caso o julgamento do Tema n.º 1.087 pelo STF culmine na vedação à possibilidade de recurso ministerial de decisão absolutória fundado no quesito genérico, esse entendimento poderia facultar o oferecimento de defesa contrária não apenas às provas, mas também ao próprio texto constitucional.

Cumprido, portanto, em linha com a pretensão mesma do referido artigo, reconhecer que a soberania dos veredictos, porquanto conferida ao réu em virtude da Constituição, não pode ensejar o emprego de argumentos inconstitucionais no âmbito da amplitude dialética que inaugura. Nessa hipótese, a imposição de limi-

tes argumentativos ao acusado faz-se necessária, tendo em vista que, assim como a plenitude de defesa, a soberania dos veredictos não deve ser entendida como garantia absoluta. Enquanto instituição democrática, o tribunal do júri está necessariamente vinculado aos princípios e garantias do Estado Democrático de Direito tal qual o juiz togado (Queiroz, 2012).

A esse efeito, argumenta o professor Tourinho Filho que a plenitude de defesa não estaria relacionada à possibilidade de o réu invocar teses supraleais, mas propriamente ao protesto por novo júri, à oposição de embargos infringentes e, notadamente, à revisão criminal, em linha com o necessário temperamento da soberania dos veredictos (Tourinho Filho, 2013, p. 778-779).

Nesses termos, diante de aparente conflito entre garantias constitucionais, quais sejam a dignidade humana e o direito à vida e à igualdade, de um lado, e a plenitude de defesa e a soberania dos veredictos, de outro, figura necessária uma ponderação de princípios por parte da Corte Constitucional. Faz-se necessário pontuar, porém, que a ponderação de princípios não enseja sua invalidade, dado é que sua aplicação comporta distintas intensidades, a depender dos elementos fáticos e jurídicos implicados (Barroso, 2020, p. 385-387).

Segundo Robert Alexy, tal exame jurisdicional haveria de observar os princípios de idoneidade, de necessidade e de proporcionalidade. Enquanto o primeiro princípio determina que se verifique quais meios não realizam o seu objetivo e ainda prejudicam a realização de um outro princípio constitucional, o princípio da necessidade exige que se privilegie o meio que, realizando mais de um princípio constitucional, ofereça menor restrição de direitos (*Ibid.*, p. 111). Na hipótese aventada na ADPF n.º 779, a adoção da tese da legítima defesa da honra realiza a plenitude de defesa, mas constrange de modo atentatório o direito à vida e à igual-

dade. Já a vedação à sua aplicação, ainda que limite, em certa medida, a plenitude de defesa, não a obsta completamente, possibilitando o oferecimento de argumentos jurídicos e extra-jurídicos, para além do que a mera ampla defesa permitiria ao réu.

De mesmo modo, a proibição eleva a vida e o combate à impunidade, conferindo robustez à proteção da dignidade humana. Tal procedimento interpretativo, porém, não está isento de considerações subjetivas, dada a própria natureza dos princípios enquanto valores mais relevantes para uma sociedade. Nessa tarefa, há de se assumir, ainda, que o jurista estaria substituindo ao legislador na escolha das preferências normativas, e, especialmente no caso em tela, atuando no sentido de rejeitar a escolha do legislador pela inexigibilidade de motivação das decisões dos jurados.

Por fim, o princípio da ponderação dita que se observe se o sacrifício de um princípio é justificado pela importância do outro (Alexy, 2011, p. 111). Trata-se, nesta ocasião, não somente de eleger a norma constitucional que será favorecida em detrimento da outra, como em que intensidade tal favorecimento ocorrerá (Barroso, 2010, p. 361-362). Como bem asseverado pela decisão que concedeu a liminar na ADPF n.º 779, a defesa da honra masculina não merece prevalecer ante à vida de uma mulher (fl. 13), sobretudo considerando o contexto histórico e social em que se insere essa vertente argumentativa, a qual pretende a legitimação de condutas que fortalecem a perpetuação do patriarcado e o desprezo para com a vida feminina. Já no tocante à intensidade com que o princípio da dignidade humana deve prevalecer, percebe-se que a medida cautelar antevê a relativização da soberania dos veredictos tão somente para a hipótese de absolvição pelo quesito genérico, até mesmo porque a arguição da referida tese pressupõe a satisfação dos requisitos de materialidade e autoria.

Posto isto, dado que a inaplicabilidade da tese da legítima defesa da honra realiza, “em medida tão alta quanto possível, frente às possibilidades fáticas e jurídicas” (Alexy, 2011, p. 110), se comparada à hipótese de sua adoção, ambos os direitos à vida e à plenitude de defesa, cumprem com o mandamento de otimização e deve, logo, ser a opção privilegiada pelo direito pátrio.

4. CONCLUSÃO

As discussões levantadas em sede da ADPF n.º 779 revestem-se de grande importância para o direito processual penal na medida em que permitem atualizar a sua integração aos significados do texto constitucional. Este, por sua vez, tampouco, está isento de pressões de uma sociedade que evolui e, com o tempo, deixa de aceitar práticas antes consideradas justificáveis. Nesse sentido, a ADPF n.º 779 representou mais uma oportunidade de se elevar a coerência interna do ordenamento jurídico nacional, de modo a ajustar a interpretação de dispositivos inseridos pela reforma processual penal, por meio da Lei n.º 11.689/2008, a um texto constitucional assentado em bases democráticas e de valorização da dignidade e da vida humana.

Operam-se, nesse exercício, esforços para uma conciliação entre a função própria do processo penal, qual seja, servir de “instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas”, e o fundamento de legitimidade da jurisdição, entendido como “o reconhecimento da sua função de garantidor[a] dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição” (Lopes Junior, 2020, p. 82).

Por força do princípio da instrumentalidade das formas, cediço entre doutrinadores do Direito Processual Penal, os procedimentos constituem, em si mesmos, garantias constitu-

cionais, pelo que restrições a que se sujeitam devam ser assumidamente extraordinárias (*Ibid.*, p. 83). Nisso reside a cautela que decisões judiciais a seu respeito têm de observar.

No caso em tela, os julgadores houveram por bem diferenciar as hipóteses de acolhimento da tese da legítima defesa da honra em relação às demais de absolvição por quesito genérico. Lograram, assim, evitar maiores constrangimentos à garantia da plenitude de defesa e, ao mesmo tempo, harmonizar o instituto com demais disposições constitucionais.

Não há que falar, portanto, em mitigação da soberania dos veredictos do tribunal do júri, uma vez que a nulidade do julgamento diante do uso da legítima defesa da honra não se intenciona atacar ou denunciar vício específico de decisões que consideraram tal argumento. A declaração de nulidade do julgamento diante da arguição do referido argumento destina-se à imposição de limites retóricos cujo descumprimento abre margem para a proliferação e a consolidação de uma jurisprudência penal ofensiva, em sua natureza, a direitos e garantias constitucionalmente asseguradas. Conjugando isso com uma eventual decisão do Supremo Tribunal Federal que entenda pela impossibilidade de revisão das decisões absolutórias pelo quesito genérico, permite-se a incubação de uma jurisprudência de núcleo conservador com bases fundamentalmente discriminatórias, misóginas e antidemocráticas.

Assim, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas especificamente analisadas, não se pode afirmar estar diante de uma hipótese de mitigação da soberania dos veredictos frente à necessidade de harmonização sistêmica de valores, regras e princípios do ordenamento jurídico, mas tão somente de relativização desta que, em seu núcleo, mantém-se intacta.

De todo modo, o precedente desvenda terreno ainda obscuro do entendimento jurisprudencial. Ao vedar o oferecimento da tese da

legítima defesa da honra como argumento de defesa, frente à manifesta ofensa ao direito à vida, a decisão pode dar impulso a que outras teses futuramente reputadas como incompatíveis com direitos fundamentais sejam proibidas, no que pode ser considerado um tolhimento progressivo da defesa do réu. Com efeito,

porém, não estando comprometida a possibilidade de o réu apresentar argumentos não jurídicos, é indiscutível que lhe sobra ampla margem para formulação de defesa, sem a necessidade de que recorra à tese situada à raiz de grave problema social.

NOTAS DE RODAPÉ

¹¹¹ Submetido em 12 jul. 2021. Aprovado em 02 mar. 2022. Atualizado em 16 set. 2024.

¹¹² Mestre e Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPq). Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho, Interseccionalidades e Direitos (UnB/CNPq). E-mail: caioaborges8@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1985649258696413>.

¹¹³ Mestre em Direito da Concorrência, Inovação e Comércio pela London School of Economics and Political Science, bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). E-mail: segalovichdaniel@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4695905082251749>.

¹¹⁴ “Art. 23 – Não há crime quando o agente pratica o fato: [...] II – em legítima defesa; [...] Art. 25 – Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no *caput* deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes” (Brasil, 1940).

¹¹⁵ “Art. 121 – Matar alguém: [...] § 2º Se o homicídio é cometido: [...] Femicídio VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: Pena – reclusão, de doze a trinta anos. § 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” (Brasil, 1940).

¹¹⁶ Destaca-se que, à época da escrita do artigo, o julgamento ainda não tinha sido finalizado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o que veio a acontecer em 01/08/2023, com a publicação do acórdão em 06/10/2023. Apenas para fins de contemporização do artigo, mas sem prejuízo da análise, tendo em vista a manutenção do entendimento firmado, registra-se que o STF julgou, por unanimidade, parcialmente procedente a ADPF n.º 779 para “6. [...] (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF), da proteção da vida e da igualdade de gênero (art. 5º, *caput*, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 23, inciso II, ao art. 25,

caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa; (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento; e (iv) diante da impossibilidade de o acusado beneficiar-se da própria torpeza, fica vedado o reconhecimento da nulidade referida no item anterior na hipótese de a defesa ter-se utilizado da tese da legítima defesa da honra com essa finalidade". O STF também conferiu "7. [...] interpretação conforme à Constituição ao art. 483, inciso III, § 2º, do Código de Processo Penal, para entender que não fere a soberania dos veredictos do tribunal do júri o provimento de apelação que anule a absolvição fundada em quesito genérico, quando, de algum modo, possa implicar a repristinação da odiosa tese da legítima defesa da honra" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADPF n.º 779, Relator Min. Dias Toffoli, Data do Julgamento 01 ago. 2023. Data de Publicação 06 out. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15361685556&ext=.pdf>)

¹¹⁷ "Art. 483 – Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: I – a materialidade do fato; II – a autoria ou participação; III – se o acusado deve ser absolvido; IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação". (Brasil, 1941)

¹¹⁸ O tema n.º 1.087 do STF – apesar de, na data de elaboração do presente artigo, ainda não ter sido julgado – reconheceu a repercussão geral a respeito da tese: "Possibilidade de Tribunal de 2º grau, diante da soberania dos veredictos do tribunal do júri, determinar a realização de novo júri em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico, ante suposta contrariedade à prova dos autos".

¹¹⁹ "CPP, Art. 65 – Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito" (Brasil, 1941).

¹²⁰ ADPF n.º 779 MC/DF. Fl. 1 da inicial.

¹²¹ Medida Cautelar na ADPF n.º 779/DF.

¹²² Nas palavras do Min. Gilmar Mendes: "Trata-se de limitações probatórias e argumentativas relacionadas ao histórico sexual de vítimas de crimes sexuais, além de suas opções e costumes a isso correlatos".

¹²³ CPP, "Art. 28 – Não excluem a imputabilidade penal: I – a emoção ou a paixão; II – a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos" (Brasil, 1941).

¹²⁴ CPP, "Art. 478 – Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo” (Brasil, 1941).

¹²⁵ Medida Cautelar na ADPF n.º 779/DF.

¹²⁶ Vide, a título exemplificativo: “OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional prerrogativas individuais ou coletivas que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros” (STF, Plenário. MS n.º 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 12/05/2000, p. 20).

¹²⁷ CPP, “Art. 593 – Caberá apelação no prazo de 5 dias: [...] III – das decisões do Tribunal do Júri, quando: [...] d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. [...] § 3º Se a apelação se fundar no III, d, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação” (Brasil, 1941).

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Coleção Tratado de direito penal**. Volume 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 779 MC/DF**. Referendo de medida cautelar. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Interpretação conforme à Constituição. Arts. 23, inciso II, e 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal e art. 65 do Código de Processo Penal. "Legítima defesa da honra". Não incidência de causa excludente de ilicitude. Recurso argumentativo dissonante da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, *caput*, da CF). Medida cautelar parcialmente deferida referendada. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Min. Dias Toffoli. 15 mar. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346469193&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 779**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Interpretação conforme à Constituição. Art. 23, inciso II, e art. 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal e art. 65 do Código de Processo Penal. "Legítima defesa da honra". Não incidência de causa excludente de ilicitude. Recurso argumentativo dissonante da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, *caput*, da CF). Procedência parcial da arguição. Relator Min. Dias Toffoli, Data do Julgamento 01/08/2023. Data de Publicação 06/10/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15361685556&ext=.pdf>. Acesso em: 05 set 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1.225.185/MG**. Recurso Extraordinário Com Agravo. Penal e processual penal. Tribunal do júri e soberania dos veredictos (Art. 5º, XXXVIII, c, CF). Impugnabilidade de absolvição a partir de quesito genérico (Art. 483, III, combinado com § 2º, CPP) por hipótese de decisão manifestamente contrária à prova dos autos (Art. 593, III, d, CPP). Absolvição por clemência e soberania dos veredictos. Manifestação pela existência de Repercussão Geral. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Paulo Henrique Venâncio da Silva. Relator: Gilmar Mendes. 22 jun. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343513212&ext=.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus n.º 178.777/MG**. JÚRI – ABSOLVIÇÃO. A absolvição do réu, ante resposta a quesito específico, independe de elementos probatórios ou de tese veiculada pela defesa, considerada a livre convicção dos jurados – art. 483, § 2º, do Código de Processo Penal. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Diário de justiça Relator: Ministro Marco Aurélio, 14 dez. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345249895&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Mandado de Segurança n.º 23.452/RJ**. Comissão Parlamentar de Inquérito – Poderes de investigação (cf, art. 58, § 3º) – Limitações constitucionais –

Legitimidade do controle jurisdicional – Possibilidade de a CPI ordenar, por autoridade própria, a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico – Necessidade de fundamentação do ato deliberativo – Deliberação da CPI que, sem fundamentação, ordenou medidas de restrição a direitos – Mandado de segurança deferido. Impetrante: Luiz Carlos Barreti Júnior. Impetrado: Presidente de da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Ministro Celso de Mello, 12 maio 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1763585>. Acesso em: 23 abr. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

OLIVEIRA JÚNIOR, Francisco Elnatan Carlos de; DIAS, Eduardo Rocha. Controle racional da absolvição pelo Tribunal do Júri: ensaio sobre uma teoria do controle jurisdicional da clemência. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 55-80, 2020.

JARDIM, Eliete Costa Silva. Tribunal do Júri—absolvição fundada no quesito genérico: ausência de vinculação à prova dos autos e irrecorribilidade. **Revista EMERJ, Rio de Janeiro**, v. 18, n. 67, p. 13-31, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

MALLET, Luiz Fernando Castanheira; SILVEIRA, Edson Damas. A soberana virtude da clemência proclamada pelo tribunal do júri e seus contornos jurisprudenciais. **Dom Helder Revista de Direito**, [S. l.], v. 1, n. 1, Setembro/Dezembro de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

QUEIROZ, Paulo. Limites da Soberania dos Veredictos. **Pauloqueiroz.net**, Brasília, 23 abr. 2012. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/limites-da-soberania-dos-veredictos/#:~:text=A%20soberania%20dos%20veredictos%20importa, revis%C3%A3o%20das%20decis%C3%B5es%20de%20m%C3%A9rito.&text=Al%C3%A9m%20do%20mais%2C%20se%20as,do%20duplo%20grau%20de%20jurisdi%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 25 abr. 2021.

RAMMÊ, Rogério Santos; ROCHA, Bruno Andrade de. Tribunal do júri: uma análise sobre a tese de clemência. **Justiça & Sociedade**, [S. l.], v. 3, n. 1, 2018.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SOARES, Hugo. Clemência no Tribunal do Júri? Reflexões derivadas do argumento a fortiori trazido no voto-vogal do Min. Fachin em sede do ARE 1225185, Tema/RG 1.087. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 1513-1546, mai.-ago. 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal I**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

UMA CRÍTICA À TEORIA GERAL DO PROCESSO: CONTRA E PELAS ARCADAS

A critical review of the General Procedure Theory¹²⁸

Matheus Baptiston Herdy Menossi Pace¹²⁹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo reacender o debate acerca da inaplicabilidade da Teoria Geral do Processo ao processo penal, com base em seus diferentes princípios, regras, conteúdos e objetos. Essa teoria generalista, que estabelece sua base acadêmica no Largo de São Francisco, com disciplina de igual nome, incompatibiliza-se com o processo penal a partir de diversos aspectos, dos quais são analisados alguns, de maneira não exaustiva, no presente artigo. São eles: a discussão acerca da finalidade ou sua ausência no processo; a noção de instrumentalidade de formas; a distribuição do ônus da prova; os diferentes princípios que regem o processo civil e o penal; a lei processual no tempo; o conceito de jurisdição; a (in)existência do poder geral de cautela e, por fim, as diferentes condições da ação civil e penal.

PALAVRAS-CHAVE: processo penal; Teoria Geral do Processo; sistemas acusatório e inquisitivo.

ABSTRACT

This article aims to rekindle the debate regarding the incompatibility between the General Procedure Theory and the criminal procedure, based on its different principles, rules, contents and objects. The general procedure theory, which has its basis in University of São Paulo's Faculty of Law, with a subject that bears the same name, is incompatible with the criminal procedure in several aspects, some of which are analyzed in this article in a non-exhaustive manner. The aspects here analyzed are the discussion about the purpose or lack of it the procedure; the notion of means' instrumentality; the distribution of the burden of proof; the different principles that govern the civil and criminal procedures; intertemporal application of procedural law; the concept of jurisdiction; the (in)existence of a general power of precaution; and, finally, the different requirements to file a criminal or civil lawsuit.

KEYWORDS: criminal procedure; General Procedure Theory; inquisitive and accusatory systems.

É preciso acabar com a Teoria Geral do Processo (TGP). Ainda que outrora tenha sido possível reconhecer alguma utilidade na disciplina, o tempo presente urge por seu fim: permanecer inscrito em uma tradição unitária do processo significa convalidar premissas já há muito superadas. O processo penal, em especial, ao menos desde a promulgação da Constituição de 1988, é essa teoria unitária que impossibilita, em grande medida, a libertação de autoritárias amarras.

Foi nestas Arcadas que a Teoria Geral do Processo foi concebida e encontrou seu mais forte supedâneo. No próprio prefácio da primeira edição da obra de igual nome (Vidigal, 2020), o professor Luís Eulálio de Bueno Vidigal aclama os autores pela criação de uma nova disciplina na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: a Teoria Geral do Processo. Inspirado pelo pensamento de Francesco Carnelutti e pelo magistério de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, a unificação do estudo do processo civil, do processo penal, e dos demais se deu como num passe de mágica.

Reducionista, e hoje com implicações sabidamente autoritárias, o truque foi justificado a partir de duas premissas “de maior abrangência e vigor metodológico inerentes à teoria geral do processo” (Dinamarco; Badaró; Lopes, 2020, p. 32). São elas: a tutela constitucional do processo e a instrumentalidade do sistema processual.

Não se discorda da primeira. De fato, o processo judicial e administrativo, qualquer que seja ele, encontra no texto constitucional balizas para sua estruturação. A segunda premissa, no entanto, baseia-se em crasso equívoco: atribui a todo tipo de processo o “escopo magno” de perseguir a “pacificação de sujeitos ou grupos em litígio, mediante a solução de seus conflitos” (*Ibid.*, p. 28), o que além de ser inverdade para o processo penal, representa contradição antagônica inerente à sua essência.

Inverdade, porque há de se ter muita ingenuidade para se chegar à conclusão de que o processo penal é capaz de pacificar qualquer conflito, seja este social, seja o próprio caso penal sobre o qual se debruça. E contradição antagônica, pois é impossível conferir ao processo penal noção instrumental: se pretende-se respeitar a ideia de um processo penal constitucional, a forma não pode ser outra coisa senão central.

Quando muito, é possível encarar o processo penal como instrumento apenas a partir da perspectiva de proteção do hipossuficiente; nesse caso, realiza-se como a única via pela qual se pode legitimar a pena, sendo, portanto, um dever do Estado (Gloeckner, 2010, p. 31). Não há finalidade, apenas necessidade do meio: para ver impingida a pretensão punitiva, o processo é o único caminho. O único. De maneira diferente, constituem-se outros tipos de processo, que não necessariamente se representam como necessários para concretização da pretensão que está a ser deduzida em juízo.

E aqui, é necessário ressaltar que a procedência da pretensão acusatória, com a aplicação da pena, não se confunde com a finalidade do processo – primeiro, porque, se assim considerarmos, a absolvição só poderia representar o fracasso do processo penal, quando decerto não o é; segundo, porque a pretensão acusatória é objeto, como demonstra Aury Lopes Júnior (2007), e, sendo objeto, não pode ser, ao mesmo tempo, finalidade.

Ao fim e ao cabo, talvez em relação ao direito civil seja instrumental o processo civil. No entanto, no processo penal é justamente essa instrumentalidade que perverte a essência de que forma é garantia e razão de ser. Central para os penalistas, o compromisso com a higidez da forma deve ser absoluto. Não à toa, a ausência desse compromisso é observável no pancivilismo que aflige também a teoria das nulidades (*Ibid.*, p. 33-34) – e a da prova –,

estabelecendo ilusória distinção entre nulidade relativa e absoluta, a depender da existência de prejuízo ou não – o chamado “princípio do prejuízo”, referido também a partir da expressão francesa *pas de nullité sans grief*.

Há quem diga que essa demonstração de prejuízo, para além da expressão ou sistema franceses, tem seu fundamento a partir de incorporação feita ao próprio Direito brasileiro, observável notadamente no art. 563 do Código de Processo Penal (CPP), que estabelece que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Referida disposição, profundamente vinculada à concepção instrumental de formas, e intocável desde a gestação autoritária, para não dizer fascista, do Código, considera a rigidez dos atos como mero obstáculo à verdade substancial. Permite, pois, a flexibilização desses atos, quando, na estruturação democrática, sua imaleabilidade só pode ser medida da salvaguarda de direitos. Mas cuidado, pois o respeito à forma não pode ser traduzido em formalismo desmedido, sob pena de se corromperem as mesmas garantias que se busca proteger.

Por isso, a leitura constitucional do texto do art. 563 impõe a análise de seu conteúdo a partir de um único viés, obrigando o intérprete a entender que o prejuízo é inerente à nulidade e, assim sendo, toda e qualquer nulidade só pode ser absoluta. Afinal, a relativização das nulidades só pode pertencer ao campo do civilismo, já que esse tem, como horizonte de seu processo, a resolução da lide – conceito que, ao menos de acordo com a definição de Carnelutti¹³⁰, é absolutamente inaplicável ao processo penal.

Inaplicável, porque conceitualmente incompatível, pura e simplesmente. Não há, para nós, “pretensão punitiva” deduzida pelo Ministério Público, mas sim uma “pretensão acusatória” que condiciona o poder de punir, esse que tampouco é impositivo¹³¹. Além disso, parece

ser também a lide a responsável por evidenciar medular diferença entre o conceito de processo para o processo civil e para o penal, sendo aquele concebido pela maior parte da doutrina como relação jurídica¹³², enquanto este só pode ser concebido democraticamente como procedimento em contraditório (Fazzalari, 1994).

A rigorosa delimitação dessas diferenças é essencial para entender que o processo civil, pautado pela noção de relação jurídica, é orientado à solução de controvérsias, o que fundamenta toda a flexibilização de formas que já foi exposta. No processo penal, por sua vez, a ausência de finalidade é bloqueio sumário para ginástica da forma. Não é possível, para nós, perguntar ao ato qual sua finalidade, pois a mobilização dessa inexistente pergunta, que sugere o manejo de não outra coisa senão ideologia¹³³, é justamente o que dá azo ao julgador substituir meios por fins, ou, melhor: dobrar meios para consecução de seu particular fim.

E a teoria geral do processo foi precisamente onde esse contorcionismo encontrou suas bases de legitimação. Já que a pacificação de conflitos não se mostra válida ao processo penal, pôs-se no lugar o arrepiante mito da busca da verdade substancial/real, ao de maneira desavisada se acatar, sem ressalvas, o texto do art. 566 do Código de Processo Penal. Qual é essa verdade, no entanto?

Decerto não pode ser a Verdade¹³⁴ (com V maiúsculo, mesmo), pela impropriedade epistêmica do processo de se chegar ao Todo, que contém dita Verdade. Aliás, parece ser impossível atingir o Todo não só pelo processo, mas por todo e qualquer outro meio. Desse, quando muito, só se pode captar uma parte. É por isso que é natural que, iniciado o processamento do caso penal, se fale em instrução, no sentido de sanar-se a ignorância que se tem acerca do Todo, como pontua Coutinho (2002, p. 176). Jamais é possível ter, no entanto, a pretensão de apreender a Verdade em sua completude. Na

melhor das hipóteses, assinala Khaled Jr (2013, p. 591), será a verdade meramente contingencial, sendo a ignorância sanada a partir do desenvolvimento de uma situação de incerteza em acerto e juízo (Taormina, 1974, p. 83), desenvolvimento esse que se dá a partir da prova.

E é aqui outro ponto em que processo penal e processo civil destoam de maneira candente. Para nós, a atividade probatória não pode ter seu ônus distribuído de maneira igual ou “dinâmica” entre as partes. A presunção de inocência impõe ao acusador o peso de provar absolutamente tudo: a tipicidade, a antijuridicidade, a culpabilidade, a autoria, ou mesmo a participação. Ao contrário dos civilistas e até do texto do próprio CPP, é inadmissível um processo penal em que a prova da alegação incumba a quem a fizer, até para que se faça valer, na prática, o *in dubio pro reo*, diante da disparidade de armas: à disposição do Ministério Público estão todos os aparelhos do Estado, enquanto do lado do Acusado há, na melhor das hipóteses, um combativo e técnico Defensor. A conclusão é redundante: nada mais justo, diante dessa disparidade, exigir-se do órgão de acusação profundo lastro de suas afirmações.

Por isso, necessário não só que o juiz atue de maneira equidistante das partes: a imparcialidade do juiz, no processo penal, parece-lhe impor postura absolutamente cética em relação ao órgão ministerial, fazendo com que, diante de uma afirmação acusatória, deva o julgador oferecer nada além da melhor tradição infantil do “eu duvido”, sendo necessário, para condenação, a existência de elementos que ultrapassem a presunção de inocência. Perceba, nesse sentido, que ao juiz do processo penal é vedada a iniciativa instrutória, não sendo possível que esse determine provas que achar necessárias para o julgamento do caso penal, como é permitido ao juiz cível (art. 370 do Código de Processo Civil, CPC). Afinal, se quisesse o juiz produzir provas, que tivesse escolhido a

advocacia ou o ministério, rechaçando-se desde já qualquer natureza “supletiva” do juiz criminal em matéria probatória.

E isso leva a outro ponto fulcral em defesa do divórcio com a teoria geral do processo: é impossível agrupar sob uma mesma teoria sistemas processuais de diferentes estruturas e funções, que se erigem sobre princípios diversos. O processo civil é eminentemente dispositivo-acusatório: ainda que esteja prevista a iniciativa do juiz, o conhecimento é levado ao juízo pelas partes, sobretudo. O processo penal, ainda e apesar, é nitidamente inquisitório, seja em sua base legal, seja na própria prática judiciária, em que o tom inquisidor se manifesta até mesmo na estética forense¹³⁵.

É preciso, acerca do assunto, rejeitar formulações teóricas que sugerem que, ao se tratar do processo penal, está-se diante de um sistema neoinquisitório, ou de um sistema processual misto. Isso, pois, em que pese o processo penal apresente elementos de caráter acusatório, sua essência não é modificada por esses elementos. O erro, nesse sentido, é teórico¹³⁶, já que parte do fato de que a mera observação prática do desenrolar do processo penal é suficiente para explicá-lo, quando, no melhor método, a negativa da aparência do objeto é crucial para compreensão de sua concretude.

É conceitualmente impossível, então, a existência de um princípio misto, motivo pelo qual a defesa de um sistema dessa natureza pode ser apenas retórica. Afinal, se é possível partir de uma noção de princípio como estrutura estruturante, ou se está diante de um elemento estruturante ou não se está, sendo incoerente a afirmação da multiplicidade de princípios em um único sistema. Tais afirmações não são nada novas: pelo menos há vinte anos Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2002) trazia tal crítica em “Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’, de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito”.

Prosseguindo na crítica, a teoria geral do processo buscou, historicamente, afirmar regras comuns a todo e qualquer tipo de processo. Para além da crítica realizada logo acima, endereçam-se, nesse momento, algumas regras específicas que tornam evidente a necessidade de libertação do processo penal da TGP, não se esgotando a crítica nestes, nem sendo ela feita, no entanto, de maneira exaustiva.

A primeira delas diz respeito à aplicação da lei processual no tempo. De maneira geral, o entendimento comum baseia-se na defesa do critério do *tempus regit actum*, a partir da perspectiva do isolamento de atos processuais. Nesse sentido, a lei processual aplicar-se-ia desde seu momento de vigência aos atos que ainda não foram praticados, mas não alcançaria aqueles que já foram praticados. Sem ressalvas, esse critério foi transportado por posição majoritária da doutrina e jurisprudência para o processo penal, criando exceção para proibição de retroatividade da lei penal em prejuízo ao réu.

Pensar o processo penal de maneira constitucional e democrática, no entanto, requer a completa cisão com esse pensamento. Como já apontou Juarez Cirino dos Santos, a proibição da retroatividade processual penal contra o réu e a possibilidade de retroatividade a seu favor fundamenta-se sob dois aspectos: a) "o primado do direito penal substancial determina a extensão de garantias do princípio da legalidade ao subsistema de imputação [...] porque a coerção processual é a própria realização da coerção punitiva"; e b) "o gênero lei penal abrange espécies lei penal material e lei penal processual, regidas pelo mesmo princípio fundamental" (Cirino dos Santos, 2020, p. 74-75).

Em outros termos: a) sendo o processo, em essência, também pena, bastando observar a expressão espanhola *la pena de banquillo*, deve ela também reger-se pela garantia da legalidade do direito penal material. Nesse sentido, uma forma de processo-pena mais benéfica ao

réu deve, obrigatoriamente, retroagir para alcançá-lo, sendo, de outra ponta, vedada a retroatividade da forma mais desfavorável; e b) a utilização da expressão "lei penal" no art. 5º, XL, da Constituição da República, permite inequívoca exegese para ampliação de direitos, sendo possível compreender dentro do gênero "lei penal" as espécies "lei penal material" e "lei penal processual".

Sabe-se que as posições defendidas nesse ponto específico são respaldadas por ínfima porção doutrinária. Isso não significa, no entanto, que seja em vão advogar pela ampliação de sua aderência.

O segundo tópico em que se busca a imposição de um consenso pela teoria geral do processo é a noção de jurisdição. De acordo com seus adeptos, a jurisdição seria, ao mesmo tempo, poder estatal de decidir e fazer valer suas decisões, função de pacificação dos conflitos sociais e atividade dos juízes, como complexo de atos. Ocorre que, para o processo penal, como já abordado, a jurisdição é essencialmente dever e garantia. Mais uma vez, não há, aqui, conflito a ser pacificado, tampouco faz sentido a distinção entre jurisdição voluntária e litigiosa. Há apenas a jurisdição penal, que, para nós, deve ser definida exatamente nos termos de dever-garantia já mencionados.

O terceiro tema demonstra notável discrepância entre o processo civil e o processo penal. Estamos falando, aqui, do poder geral de cautela. No processo civil, é perfeitamente admissível que o juiz, diante de situação de urgência ou risco, conceda a tutela de urgência que identificar mais apropriada para aquela circunstância. Não há qualquer necessidade, nesse sentido, que essa tutela esteja prevista em lei: admitem-se, nesse sentido, medidas inominadas ou atípicas.

Trabalhando o processo penal de maneira rigorosa com o princípio da legalidade, já se torna claro o motivo pelo qual não é possível

falar, para nós, em poder geral de cautela – as medidas cautelares previstas no CPP são taxativas, não cabendo qualquer tipo de inovação por parte do juiz. Mais uma vez: forma, aqui, é garantia. Justamente por isso, é inadmissível a adoção de uma teoria geral que introduza no processo penal institutos que não lhe guardam nenhuma pertinência; ou, pior, que subvertem toda a sistemática voltada à salva-guarda de direitos.

Sobre o tema, apenas de remate, há que se dizer o óbvio: não há nenhum tipo de dever de cautela do juiz para com a sociedade, motivo pelo qual qualquer evocação nesse sentido não passa de mero delírio – para não dizer completa paranoia. Coitado – e ingênuo – daquele que ainda acredita que o processo penal se presta a garantir a “ordem pública”...

Chega-se então ao último tópico de discussão do presente artigo: as diferentes condições para ação no processo civil e no processo penal. E, aqui, o próprio livro fundante da tradição de TGP faz uma diferenciação entre as diferentes condições para os diferentes tipos de processo. Ora, se há diferença, fica clara a impossibilidade de agrupar esses dois processos sob uma mesma teoria.

Segue-se: no processo civil, bebendo-se da fonte de Liebman, aponta-se que são condições da ação, em síntese, o interesse de agir, a legitimidade *ad causam* e a possibilidade jurídica do pedido, apesar de serem reconhecidas as críticas a esse último elemento (ver adiante). No processo penal, a obra aponta os mesmos elementos, realçando, no entanto, outras eventuais condições de procedibilidade, verificadas conforme a especificidade do caso.

De tais condições, talvez seja possível importar – de maneira crítica – apenas uma: a legitimidade de parte para propositura da ação penal. De resto, as demais categorias, “interesse de agir” e “possibilidade jurídica do pedido”, são absolutamente incompatíveis com o

processamento de casos penais.

Começemos pelo “interesse de agir”: se para a teoria geral do processo “‘interesse’, em direito, é utilidade” (Dinamarco; Badaró; Lopes, 2020, p. 322), fica clara a inconciliabilidade do conceito para o processo penal. Esse não é e nem pode ser útil, mas apenas necessário, como visto exaustivamente nos parágrafos acima. A interpretação subsequente realizada na obra, em que o conceito de necessidade de tutela jurisdicional muito se aproximaria ao de utilidade, só pode então ser aplicável ao processo civil.

A crítica, todavia, não se esvai nesse ponto. Complementa-se o conceito apontando que “o núcleo do interesse consiste no proveito prático ou jurídico que a medida pretendida seja capaz de propiciar àquele que a postula” – qual o proveito obtido pelo Ministério Público ao pugnar pela condenação de indivíduos? De novo, coitado e ingênuo aquele que ainda acredita que o processo penal se presta a garantir a “ordem pública” ...

E o que seria “possibilidade jurídica do pedido”? Se o próprio teórico que lança as bases modernas das condições da ação decidiu por reformular sua proposta, excluindo o conceito e realocando-o para dentro do “interesse de agir” (Liebman, 1973, p. 138), qual a aplicabilidade da categoria no processo penal? Para nós, há um único pedido em todos os casos: a condenação do acusado. Além disso, uma categoria como essa só é possível a partir de um conceito processualista – civil – de ação abstrata (ou eclética, ainda), cuja compatibilização com o processo penal, até agora, parece ser inexistente.

Tratando-se de direitos e garantias indisponíveis, parece ser admissível apenas uma teoria concreta da ação, que demande para o processo mínimo lastro em relação ao direito material, permitindo, inclusive, a responsabilização de agentes do Ministério Público que, diante da evidente ausência de requisitos mínimos

para oferecimento da denúncia no caso concreto, assim procedessem de qualquer forma. Entendia Heleno Cláudio Fragoso (Machado, 1989, p. xi), nesse sentido, que, mesmo no exercício funcional, poderia o representante do *parquet* praticar o crime de denúncia caluniosa (hoje, poderíamos falar também em abuso de autoridade).

Por tudo isso, impossível o transplante das condições de ação do processo civil para o processo penal. Principalmente quando esse último já possui supedâneo teórico autônomo e coerente. Basta ver, por exemplo, a sistemática para as condições da ação penal, que é desenhada a partir dos conceitos de tipicidade aparente (ou, melhor: injusto aparente), punibilidade concreta, legitimidade do autor, justa causa e condições de procedibilidade em sentido estrito, conforme pontua Marco Aurélio Nunes da Silveira (2018). Sobre justa causa, em especial, há de se citar, ainda, o trabalho de Gabriel Antinolfi Divan, que lança sobre a discussão a necessidade de uma avaliação política “sobre a legitimidade, a necessidade a coerência e as consequências de um fato mundano ser passível de ser subsumido e passar a ser debatido jurisdicionalmente” (Divan, 2015, p. 535).

Pôr fim à teoria geral do processo, é, portanto, uma urgência. Toda a confusão sistêmica causada pelo transplante de categorias do processo civil, com pouca ou nenhuma análise crítica, leva à conclusão trazida por Jacinto Nelson Miranda Coutinho de que “Teoria Geral do Processo é engodo; Teoria Geral é a do Processo Civil e, a partir dela, as demais” (Coutinho, 1989, p. 119). Ao fim, é preciso tomar cuidado para não se enganar: hoje, é evidente que, ao se falar em uma teoria geral do processo, está-se diante, na verdade, de uma teoria geral do processo civil, e não de coisa outra.

E fato é que, na análise e estudo do

processo penal, é o manejo de uma teoria unitária que permite legitimar a subversão de meios, tolhendo garantias. Divorciar o processo penal de uma teoria unitária representa, portanto, passo necessário para repensar sua sistemática em direção a um processo livre de amarras inquisitórias. É um imperativo ético: por mais que reformas legislativas sejam cruciais para esse movimento¹³⁷, enquanto persistir uma teoria unitária, sempre haverá um caminho para, em nome de falaciosa exegese, restringir-se direitos. Afinal, “teoria é apenas teoria da prática, assim como a prática não é senão a práxis da teoria” (Lyra Filho, 1984). Se a teoria é defeituosa, inequivocamente será a prática.

Como apresentado, não faltam trabalhos para embasar uma boa teoria processual penal – autônoma, democrática, ética. Pôr em marcha a organização e sistematização desses trabalhos é movimento necessário para que se sepulte por definitivo essa subserviência infausta do processo penal ao processo civil. E se de fato é o processo penal o termômetro da democracia, como pontuou Goldschmidt (1935, p. 67), a teoria geral do processo é decerto uma das principais causas de um sistema de justiça criminal absolutamente febril; e não por ignorância. Vale lembrar daqueles que “sabem do que se trata, que é necessário mudar, mas querem que tudo fique como está, ou que mude para ficar como está” (Coutinho, 2002, p. 180), em espécie de ideológico isomorfismo reformista (Foucault, 2006). Reformas são necessárias para produção de mudanças sociais concretas, é fato. O que se demanda, nesse momento, no entanto, é uma verdadeira revolução, capaz de pôr fim a quase cinquenta anos de uma teoria cujas bases decerto não mais se sustentam.

Foi neste Largo de São Francisco que a disciplina de teoria geral do processo lançou suas raízes e estabeleceu-se de forma sólida.

Foi também aqui, todavia, que um querido professor ensinou que para que seja possível superar uma tradição, é preciso primeiro nela se inscrever. As Arcadas já estão há muito

inscritas em uma tradição generalista e instrumentalista do processo: está na hora de superá-la.

NOTAS DE RODAPÉ

¹²⁸ Submetido em 18 jul. 2021. Aprovado em 02 mar. 2022.

¹²⁹ Advogado criminalista. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestrando em Criminologia pela mesma Faculdade e pós-graduando em Direito Penal e Criminologia pela Faculdade CERS – Convênio Introcrim/CEI. Membro Colaborador da Comissão de Política Criminal e Penitenciária da OAB/SP. E-mail: matheuspace@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4948-3042>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1786437796101756>.

¹³⁰ “Conflito de interesses regulado ou composto pelo direito”; “um conflito qualificado por uma pretensão e por uma resistência a essa” (Carnelutti, 1986, p. 131).

¹³¹ A respeito, Cf. LOPES JÚNIOR, Aury. Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal. **Consultor Jurídico**, 27 jun. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boja-saude-processo-penal/>. Acesso em: 03 ago. 2021.

¹³² Teoria devida sobretudo à Oskar Von Bulow, exposta em sua obra de 1868, intitulada “Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias”.

¹³³ Nesse sentido, vale lembrar a crítica de Gilles Deleuze dirigida ao filósofo Henri Bergson: “há mais falsos problemas do que falsas soluções, e eles aparecem antes de haver falsas soluções para os verdadeiros problemas” (Deleuze, 2005, p. 13). Ou, como aparece em ligeira adaptação dessa citação, feita pelo professor Mauricio Dieter, ao apresentar o conceito de ideologia como “justificar uma falsa resposta ao apresentar um falso problema antes mesmo de que falsas soluções possam ser formuladas para verdadeiros problemas” (Dieter, 2013, p. 22).

¹³⁴ Seja pelos argumentos expostos acima, seja porque a atribuição da Verdade como finalidade do processo não parece ser, de longe, nem um pouco libertadora, como afirmaria João 8:32: “E conhecerão a verdade, e a verdade vós libertará”.

¹³⁵ Basta observar que ao lado do juiz reserva-se cadeira destinada ao representante do *parquet*. E, para fazer uso do chiste que rapidamente se tornou viral durante o *impeachment* da presidente Dilma Rousseff: “a crise também é estética” no processo penal.

¹³⁶ A partir de uma teoria pensada como reprodução ideal do movimento real do objeto pelo sujeito

que a pesquisa (Netto, 2011).

¹³⁷ A título de exemplo, a porção garantista da Lei "Anticrime", como o tardio juiz de garantias, bem como a proibição de iniciativa instrutória do juiz, ao contrário de elementos do mesmo diploma legislativo, que, incorporando elementos externos, renuncia direitos em troca de negociações de pena.

BIBLIOGRAFIA

CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. Publicado originalmente em 1926. Padova: Cedam, 1986.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao "Verdade, Dúvida e Certeza", de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito. In: RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. (coord.). **Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002)**. Curitiba: Lumen Juris, 2002

DELEUZE, Gilles. Bergson: 1859-1941. In: **A Ilha Deserta e outros textos**. São Paulo: Iluminuras, 2005.

DIETER, Mauricio Stegemann. **Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2020.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Procedura Civile**. 7. ed. Padova: Cedam, 1994.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2006.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional**. Tese (Doutorado em Processo Penal) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935. Barcelona: Bosch, 1935.

KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

NETTO, José Paulo. **Introdução ao estudo do método de Marx**. 1. ed. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: A. Giuffrè, 1973.

LYRA FILHO, Roberto. **Por que estudar direito hoje?** Brasília: NAIR, 1984

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, v. I.

MACHADO, Luiz Alberto. Prefácio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Por uma teoria da ação processual penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

TAORMINA, Carlo. **L'Essenzialità del Procedimento Penale**. Napoli: Jovene, 1974.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Prefácio à 1ª edição (1974). In: DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.