

Legalislux

Revista Jurídica Legalislux | Belém do São Francisco | v.3, n.1 | 56 p. | 2021

FACESF – Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco

Direção Acadêmico

Luis Geraldo Soares Lustosa

Coordenação Geral

Daniela Pereira Novacosque

Coordenação de Pós-Graduação

Dayara de Kássia Sá Sampaio Soares Lustosa

Coordenação do Núcleo de Pesquisa NPQ FACESF

Phablo Freire



Os trabalhos assinados são de inteira responsabilidade de seus autores. Permitida a reprodução, total ou parcial, desde que citada a fonte. Solicita-se permuta/exchanges dedired.



Legalislux

Revista Jurídica Legalislux	Belém do São Francisco	v.3, n.1	56 p.	2021.
-----------------------------	------------------------	----------	-------	-------

REVISTA JURÍDICA FACESF

Editor Chefe

Phablo Freire (FACESF, Brasil)

Equipe Editorial

Phablo Freire (FACESF, Brasil)

Daniela Pereira Novacosque (FACESF, Brasil)

Dayara de Kássia Sá Sampaio Soares Lustosa (FACESF, Brasil)

Plínio Pacheco Oliveira (FACESF, Brasil)

Marcos Antonio Alves de Vasconcelos (FACESF, Brasil)

Geyza Kelly Alves Vieira (FACESF, Brasil)

Débora Alves de Amorim (FACESF, Brasil)

Conselho Editorial

Cesar Augusto Baldi (UPO, Espanha)

Matheus de Mendonça Gonçalves Leite (PUC Minas, Brasil)

Phablo Freire (FACESF, Brasil)

Flávia Renata Feitosa Carneiro (UNICAP, Brasil)

Anna Christina Freire Barbosa (UNEB, Brasil)

Edimar Edson Mendes Rodrigues (FACAPE, Brasil)

Henrique Weil Afonso (PUC Minas, Brasil)

Débora Alves de Amorim (FACESF, Brasil)

Fábio Gabriel Breitenbach (UNEB, Brasil)

Thiago Teixeira Santos (PUC Minas, Brasil)

Luís Geraldo Soares Lustosa (FACESF, Brasil)

Plínio Pacheco Oliveira (FACESF, Brasil)

Marcos Antonio Alves de Vasconcelos (FACESF, Brasil)

Geyza Kelly Alves Vieira (FACESF, Brasil)

Flawbert Farias Guedes Pinheiro (FACESF, Brasil)

Manoel Messias Pereira (FACESF, Brasil)

Ana Rosa Brissant de Andrade (FACESF, Brasil)

Márcio Rubens de Oliveira (FACESF, Brasil)

Ficha Catalográfica elaborada pelo bibliotecário Janildo Lopes da Silva / CRB4/929

Revista jurídica legalislux [Recurso eletrônico] / Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco. - v. 1, n. 1. (2019)- Belém do São Francisco/PE: FACESF, 2019-

Semestral

ISSN 2763-9584

Modo de acesso: World Wide Web:

<<http://periodicosfacesf.com.br/index.php/revistajuridicallegalislux>>

1. Direito - Periódicos. I. Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do São Francisco. II. Título.

34(05) CDU

FACESF/BIB023/2019

Publicação semestral | Endereço para correspondência | Rua Cel Trapiá, 201 - Centro - CEP: 56440.000 - Belém do São Francisco/PE | Endereço eletrônico e-mail: npq@facesf.edu.br <https://periodicosfacesf.com.br/>

SUMÁRIO

SEÇÃO I: DEMOCRACIA, SISTEMAS NORMATIVOS E PENSAMENTO CRÍTICO

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: UM ESTUDO SOBRE A INCLUSÃO SOCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Flávia Renata Feitosa Carneiro 7

O DIREITO AO RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE DE GÊNERO: ALTERAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO NO REGISTRO CIVIL E DEMAIS REFLEXOS JURÍDICOS DECORRENTES

Iverson Guilherme Teixeira Barbosa 18

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DIANTE DE SENTENÇAS PENAS EQUIVOCADAS

Anne Karoline Oliveira Mota

Jaiza Sâmbara de Araújo Alves 44

**SEÇÃO I:
DEMOCRACIA,
SISTEMAS NORMATIVOS
E PENSAMENTO CRÍTICO**

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: UM ESTUDO SOBRE A INCLUSÃO SOCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

THE INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: A STUDY ON THE SOCIAL INCLUSION OF PEOPLE WITH DISABILITIES

Flávia Renata Feitosa Carneiro¹

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar os direitos das pessoas com deficiência, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conceitos de justiça, direitos humanos e fundamentais, além da nova conceituação de pessoa com deficiência trazida pela Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A proteção em plano internacional se dá pela função primordial de fiscalização e controle dos deveres dos Estados-membros. Ao logo do tempo, vários documentos foram emitidos pela Organização das Nações Unidas; Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Dentre os organismos de proteção dos direitos humanos, considerou-se estudar o sistema americano, do qual o Brasil faz parte. A questão do reconhecimento chegou às pessoas com deficiência, grupo social que sempre foi colocado em posição de inferioridade social. Para fins dessa pesquisa, utilizou-se uma metodologia qualitativa, exploratória, com a utilização procedimentos bibliográficos e documentais, com apoio de artigos científicos, bem como de legislação existente sobre o assunto. O primeiro item desse estudo traz o conceito de deficiência, tomando como base os modelos médico e social de deficiência, cuja noção se faz necessária para uma melhor contextualização do trabalho. No segundo tópico são apresentadas terminologias com relação aos direitos humanos e fundamentais, essenciais à compreensão do tema. O título seguinte trata do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Por fim, são apresentadas as considerações finais, as quais arrematarão o estudo com os resultados e conclusões obtidos pela pesquisa.

Palavras-chave: Justiça. Direitos humanos. Pessoa com deficiência. Sistema Interamericano.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the rights of people with disabilities, within the scope of the Inter-American Court of Human Rights, concepts of justice, human and fundamental rights, in addition to the new concept of people with disabilities brought by the New York Convention on Rights of Persons with Disabilities. Protection at the international level is given by the primordial function of inspection and control of the duties of the Member States. Over time, several documents were issued by the United Nations; Charter of the United Nations of 1945 and the Universal Declaration of Human Rights of 1948. Among the bodies for the protection of human rights, it was considered to study the American system, of which Brazil is part. The issue of recognition came to people with disabilities, a social group that has always been placed in a position of social inferiority. For the purposes of this research, a qualitative, exploratory methodology was used, with the use of bibliographic and documentary procedures, supported by scientific articles, as well as by existing legislation on the subject. The first item of this study brings the concept of disability, based on the medical and social models of disability, whose notion is necessary for a better contextualization of work. In the second topic, terminologies related to human and fundamental rights, essential to the understanding of the subject, are presented. The following title deals with the Inter-American Human Rights System. Finally, the final considerations are presented, which will complete the study with the results and conclusions obtained by the research.

Keywords: Justice. Human rights. Disabled person. Inter-American System.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os direitos das pessoas com deficiência, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A nova conceituação de pessoa com deficiência trazida pela

Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A proteção em plano internacional se dá pela função primordial de fiscalização e controle dos deveres dos Estados-membros. Ao logo do tempo, vários documentos foram emitidos pela Organização das Nações

Unidas; Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Dentre os organismos de proteção dos direitos humanos, considerou-se estudar o sistema americano, do qual o Brasil faz parte.

A questão do reconhecimento chegou às pessoas com deficiência, grupo social que sempre foi colocado em posição de inferioridade social. A mobilização para aquisição de visibilidade política e defesa de seus direitos desencadeou-se a partir da década de sessenta. Refletida na busca pela proteção dos direitos e promoção da autonomia, autodeterminação, independência, bem como na eliminação de barreiras, preconceitos ou discriminação de qualquer espécie, iniciou-se a luta pela mudança de paradigmas sociais. Para fins dessa pesquisa, utilizou-se uma metodologia qualitativa, exploratória, com a utilização procedimentos bibliográficos e documentais, com apoio de artigos científicos, bem como de legislação existente sobre o assunto.

Investigar e analisar as associações entre a História e o Direito apresentam-se com grande notoriedade, especialmente diante da normatividade percebida em determinado contexto histórico como vivência pretérita que esclarece o presente. É necessário que as ações, os acontecimentos e as produções pretéritas relativas às práticas de regulamentação e controle social sejam revisitadas de modo crítico, a fim de que seja desenvolvido um novo prisma histórico das fontes, dos pensamentos e das instituições jurídicas (WOLKMER, 1994, p. 55-67).

Esse assunto insere-se na história do direito num momento em que os direitos humanos se encontram ameaçados no Brasil, diante das recentes e iminentes reformas à Constituição da República Federativa do Brasil. Na melhor das hipóteses, vive-se um momento de insegurança jurídica. Se há uma legislação que se propõe a assegurar o mínimo de garantias a uma parcela mais vulnerável, é louvável averiguar se realmente ela serve ao que se propõe.

2 CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA COMO DIREITO HUMANO: DO MODELO CARITATIVO AO SOCIAL

O conceito de pessoa com deficiência conta com especial atenção no presente estudo pelo fato de que sociedade não parece estar preparada para receber as pessoas com deficiência, de modo geral, em suas especificidades. A abordagem de caridade trata pessoas com deficiências como objetos passivos de atos bondosos ou de pagamentos de assistência social em vez de indivíduos com poderes para participar devida política e cultural e no seu desenvolvimento. O que caracteriza essa visão é que as pessoas com deficiência não são consideradas capazes de se prover por conta de sua deficiência. Consequentemente, a sociedade fornece subsídio para eles. Assim como no modelo médico, o fator ambiental não é considerado. A deficiência é um problema individual.

A partir dessa perspectiva, as pessoas com deficiência são alvo de pena e eles dependem da boa vontade da sociedade. Além disso, pessoas com deficiências dependem de casas de caridade, fundações e igrejas, para as quais a sociedade delega políticas sobre deficiência e a responsabilidade para com as pessoas com deficiência. Sob este modelo, as pessoas com deficiências não têm poder de controle e nenhuma participação sobre suas vidas. Eles são considerados um fardo para a sociedade, tendo em vista que a caridade vem da boa vontade e a qualidade do “cuidado” não é necessariamente consistente com o que é mais importante (UNHR, 2014, p. 21-43).

No padrão médico, o foco é a deficiência da pessoa, que é representada como a fonte da desigualdade. As necessidades e direitos da pessoa são identificados com o tratamento médico fornecido (ou imposto) ao paciente. No modelo médico, os indivíduos podem ser “consertados” por meio da medicina ou reabilitação para obterem a ressocialização. Particularmente para pessoas com deficiências mentais, o tratamento médico pode ser uma oportunidade para um paciente “ruim” (pessoas com

deficiências mentais são frequentemente considerados perigosas) tornar-se um “bom” paciente. Para ser considerada capaz, a pessoa com deficiência tem de ser “curado” da deficiência ou pelo menos o prejuízo deve ser reduzido tanto quanto possível. As condições ambientais não são consideradas nessa perspectiva e a deficiência é um problema individual. Pessoas com deficiências estão doentes e tem que ser corrigidas para alcançarem a normalidade.

Muitas pessoas veem a deficiência como uma condição inerente à pessoa, como, por exemplo, uma condição médica que requeira que a pessoa esteja em uma cadeira de rodas. No entanto, o conceito moderno de deficiência percebe a incapacidade como uma interação entre a condição pessoal de um indivíduo (como estar em uma cadeira de rodas ou ter deficiência visual) e fatores ambientais (como atitudes negativas ou inacessíveis edifícios) que juntos levam à deficiência e afetam a participação de um indivíduo em sociedade. O uso de cadeira de rodas (fator pessoal) combinado com a vida em uma cidade com edifícios acessíveis (fator ambiental) leva à participação na comunidade nos mesmos termos que alguém que não utiliza uma cadeira de rodas: há pouca ou nenhuma incapacidade (UNHR, 2014, p. 21-43).

No caso de deficiência intelectual (fator pessoal) combinada com a crença em uma comunidade em que as pessoas com deficiência intelectual não têm capacidade de votar (fator ambiental negativo) leva à exclusão social e à negação do direito ao voto, ou seja, existe uma deficiência. Questões pessoais são multicamadas e podem ser tanto físicas como socioeconômicas. Podem ser fatores físicos: gênero, etnia, deficiência (física, visual, auditiva, intelectual, mental), tamanho e peso; elementos socioeconômicos: riqueza, classe, inclusão social, nível educacional (UNHR, 2014, p. 21-43).

A abordagem de deficiência dos direitos humanos baseia-se no modelo social e reconhece as pessoas com deficiência como sujeitos de direitos, além de o Estado e a sociedade como responsáveis por respeitar essas pessoas. Trata as barreiras na sociedade como discriminatórias e fornece caminhos para pessoas com deficiência

reclamarem quando deparados com tais barreiras (UNHR, 2014, p. 21-43).

Um modelo baseado em direitos para a pessoa com deficiência não é movido pela compaixão, mas pela dignidade e liberdade. Procura formas de respeitar, apoiar e celebrar a diversidade humana, criando as condições que permitem participação de um vasto leque de pessoas, incluindo pessoas com deficiência. Em vez de considerar o deficiente como objeto passivo de atos de caridade, ele procura ajudar as pessoas a se ajudarem para que possam participar na sociedade, na educação, no local de trabalho, na vida política e cultural e defender os seus direitos pelo acesso à justiça (UNHR, 2014, p. 21-43).

O paradigma dos direitos humanos é um acordo e um compromisso de pessoas com deficiência, dos Estados e do sistema internacional de direitos humanos para colocar em prática esse conceito. O parâmetro é obrigatório para todos os Estados que ratificaram a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada pela ONU (Organização das Nações Unidas) em 13 de dezembro de 2006, em reunião da Assembleia Geral para comemorar o Dia Internacional dos Direitos Humanos. Em 1981, o Ano Internacional da Pessoa Deficiente também representou um divisor de águas, fazendo o Brasil avançar muito no atendimento às pessoas com deficiência, no modelo de integração, vigente naquele período. Com o tema elevado à categoria de tratado do direito internacional (MAIOR, 2007, p. 8).

A Convenção surgiu para promover, defender e garantir condições de vida com dignidade e a emancipação dos cidadãos e cidadãs do mundo que apresentam alguma deficiência (MAIOR, 2007, p. 8). Até o momento, 126 países ratificaram o documento e 155 são signatários. Em relação ao Protocolo Opcional, são 76 ratificações e 90 signatários. Cingapura foi o último país a assinar, em 30 de novembro de 2012. O relatório da quinta sessão da Conferência dos Estados Partes, realizado entre os dias 12 e 14 de setembro de 2012 (UNRH, 2012, 1-14). Os Estados devem eliminar e prevenir ações discriminatórias (UNHR, 2014, p. 21-43). No Brasil, a Convenção e seu Protocolo facultativo foram

aprovados pelo Decreto Legislativo nº 186, de 2008 (BRASIL, 2008).

A abordagem dos direitos humanos estabelece que todas as políticas e leis devem ser projetadas com o envolvimento de pessoas com deficiência e integração em todos os âmbitos da ação política. Seguindo este modelo, nenhuma política “especial” pode planejada para pessoas com deficiência sem contemplar as particularidades necessárias para cumprir o princípio da plena participação (UNHR, 2014, p. 21-43).

O principal responsável por este modelo, em que a sociedade delega as políticas de deficiência, é o Estado. Existem certas disposições que envolvem o setor privado e existe um papel específico para a sociedade civil, em particular pessoas com deficiência e as organizações que as representam. Sob esse modelo, as pessoas com deficiência têm direitos e instrumentos que podem capacitá-los para reivindicar seus direitos. Eles têm as ferramentas assumirem o controle de suas vidas e participar plenamente em igualdade de condições com os outros. O modelo de direitos humanos prevê que as pessoas com deficiência devem estar intimamente envolvidas na formulação de lei (UNHR, 2014, p. 21-43).

Segundo Flávia Piovesan (2018, p. 547-566), a composição dos direitos das pessoas com deficiência pode ser enumerada em quatro fases: uma de intolerância, na qual a pessoa deficiente era considerada impura ou pecadora ou acometida por um castigo divino; outra em que predominava a invisibilidade; a terceira baseava-se no modelo médico e biológico de que a deficiência era uma doença a ser curada; a última tem como fulcro o modelo de direitos humanos, em que se sobressaem os direitos à inclusão social com destaque para a pessoa com deficiência no meio em que se insere.

Flávia Piovesan (2018, p. 547-566) considera a eliminação de obstáculos e barreiras superáveis, tanto culturais como físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício dos direitos humanos. Nessa fase, a grande questão passa a ser a interação do indivíduo com seu meio, cuja construção assume um caráter coletivo. Nesse contexto, a responsabilidade de remoção de barreiras que

impeçam o pleno exercício de direitos é transferida para o Estado, para que as potencialidades das pessoas com deficiência sejam desenvolvidas de forma autônoma e participativa.

Para Harris e Enfield (2003, p. 10-27), o modelo social permitiu que muitas pessoas com deficiência recuperassem o controle de suas próprias vidas, tornando-se especialistas em sua própria experiência e mudando suas perspectivas formas fundamentais. Uma compreensão do modelo social fornece uma radicalmente estrutura diferente com a qual entender a discriminação que surge como um resultado da deficiência. Para muitas pessoas, o modelo social descreve a verdadeira natureza o problema da deficiência.

3 PESSOA COM DEFICIÊNCIA: JUSTIÇA, DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Segundo Pereira Filho e Bernardo (2018, p. 331), etimologicamente, o vocábulo “justiça” deriva do latim *justitia* que, para os romanos representava a deusa que simbolizava o Direito, encarregada de garantir a aplicação do juízo e da correção. Afirmam, ainda que justiça, em seu significado original seria “a ordem das relações humanas ou a conduta de quem se ajusta a essa ordem”. Nos gregos é possível encontrar no mínimo três concepções de justiça: personificada na divindade; relacionada à ordem natural do universo; maneira de organizar a vida humana na relação social de acordo com as normas, valores, tradições e leis coletivas. No chamado governo misto que a toda a sociedade poderia ser atendida, de forma ampla, pela justiça.

Diego Peychaux (2010, p. 250), analisando a justiça como pretensão política, aponta que o contrato social de Locke tenta construir um novo espaço livre de relações injustas de poder políticas e econômicas. Pois estas últimas afetam a liberdade de cada um proteger seu direito, ou seja, a sua capacidade de resguardar sua dignidade como criatura divina.

Roberto Gargarella (2008, p. 63) afirma que, para Rawls, as instituições são justas quando permitem que a

vida das pessoas dependa das escolhas autônomas de cada um, não dos “acazos da natureza”, devem procurar igualar os indivíduos em suas condições, embora não signifique uma igualdade absoluta. Aponta, ainda (GARGARELLA, 2008, p. 135) que estudos mostram a preocupação dos marxistas analíticos quanto a proposições alternativas do capitalismo que sejam aceitáveis e factíveis.

Segundo Leonam Liziero (2014, p. 78), analisando o contratualismo de John Rawls, afirma que a história dos direitos fundamentais se coincide com a criação da ideia de liberdade a partir da Modernidade. Pois o contratualismo, enquanto legitimação do poder Estatal, relaciona-se com a liberdade dos modernos. Para Leonam (2014, p. 79) “a liberdade não é um direito natural, é um direito humano criado artificialmente para se assegurar as prioridades que os homens entenderiam em uma sociedade justa”.

De acordo com Castilho (2019, p. 251-264), na atualidade, a análise dos direitos fundamentais visa a garantir a plena proteção da dignidade da pessoa humana. O autor afirma que sua definição não é simples devido à quantidade de significados que lhe são atribuídos. Assim, “a dignidade da pessoa humana é uma construção intelectual a ser efetivada diante do caso concreto, observadas as características históricas e culturais de um povo” (CASTILHO, 2019, p. 259).

Para Barroso (2010, p. 11), a dignidade da pessoa humana é um valor fundamental que foi transformado em princípio jurídico de nível constitucional, tanto por sua positivação em norma expressa quanto por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Passou a ser utilizado tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.

Daniel Sarmiento (2016, p. 308-310) assevera que uma das patologias do uso da dignidade humana nos tribunais brasileiros é a ausência de fundamentação na sua aplicação. Recorre-se à dignidade sem qualquer explicitação das razões que justificariam a incorrência do princípio nem dos motivos que conduziriam ao resultado

alcançado pelo intérprete. Nesse prisma, a dignidade humana torna-se o que o autor chama de “coringa hermenêutico”, que serve para qualquer caso em apreço, a depender da escolha do julgador.

A expressão direitos humanos é normalmente utilizada para se referir aos valores e direitos consagrados em tratados internacionais. Por seu turno, a expressão “direitos fundamentais” é empregada para fazer menção ao mesmo conjunto de direitos, quando inseridos na Constituição. Dessa forma, não é correto falar sobre tratados de direitos fundamentais, ou afirmar que os direitos humanos são assegurados pela constituição. Contudo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência nacional, com certa frequência, confundem os dois termos (CASADO FILHO, 2012, n.p).

Luigi Ferrajoli propõe uma definição teórica que chama de puramente formal ou estrutural. Seriam fundamentais todos os direitos subjetivos que universalmente correspondem todos os seres humanos, na medida em que tiverem a prerrogativa pessoal de cidadãos ou pessoas com capacidade de agir. Esse direito subjetivo entendido como qualquer expectativa positiva ou negativa, ou seja, de não sofrer lesões, atribuída a um sujeito por uma norma legal, desde que positiva, e que também haja adequação para titularidade de situações jurídicas para seu exercício (FERRAJOLI, 1999, p. 37).

Para Flores (2003, p. 287-304), as questões enfrentadas quando se trata de direitos humanos, na época contemporânea, são deveras diversos dos que enfrentaram os redatores da Declaração Universal de 1948. As décadas que se seguiram à Declaração mantinham uma política que assentou as bases do chamado Estado de Bem Estar (pactos entre capital e trabalho com o Estado servindo de garantidor e árbitro da distribuição da riqueza). Nessa fase de inclusão, os direitos significavam barreiras contra as consequências não intencionais da ação intencional – que produzia o mercado. A fase atual seria a de exclusão, na qual é o mercado quem dita as normas.

Afirma, ainda, que o debate a respeito dos direitos humanos no mundo contemporâneo centra-se

atualmente em duas visões, duas racionalidades e duas práticas. A primeira, uma visão abstrata, vazia de conteúdo, amparada nas circunstâncias reais das pessoas e centrada ao redor da concepção ocidental de direito e do valor da identidade. A segunda visão teria um caráter localista, em que predominaria o que é nosso em contraponto aos dos outros e centrada em torno da ideia particular de cultura e de valor da diferença. Ambas demonstram razões robustas para sua defesa. O direito, visto desde sua aparente neutralidade, pretende assegurar a “todos”, e não a uns perante outros, pressupondo uma ausência de contexto. Por seu turno, a cultura, vista desde seu evidente fechamento local, busca amparar a sobrevivência de símbolos, de uma forma de conhecimento e de valoração que oriente a ação do grupo para fins preferidos por seus membros, o que denota excesso de contexto. O problema aparece quando cada visão passa a ser defendida apenas por seu lado e tende a considerar inferior às demais (FLORES, 2003, p. 287-304).

Flores (2003, p. 287-304) propõe, como solução, a adoção de uma visão complexa, para a qual o contexto não é um problema. É precisamente seu conteúdo: a incorporação dos diferentes contextos físicos e simbólicos na experiência do mundo. Para ele, as visões abstrata e localista dos direitos humanos supõem sempre situar-se em um centro a partir do qual se passa a interpretar todo o resto, ao passo que a visão complexa dos direitos propõe que todos se situem na periferia. Pois, centro há somente um. O que não coincida com ele é abandonado à marginalidade. Periferias, contudo, existem várias. Enquanto a visão abstrata caminha por uma racionalidade formal, em que impera o que está escrito e a localista uma racionalidade multicultural; a visão complexa assume a realidade, com a racionalidade da resistência, e a presença de múltiplas vozes, todas com o mesmo direito a expressar-se, a denunciar, a exigir e a lutar.

O reconhecimento é uma questão importante quando se discutem os direitos das pessoas com deficiência — notadamente, direitos humanos. Norberto Bobbio (2004, n.p.) defende que os direitos humanos e fundamentais se expandem à medida que novas

demandas históricas surgem. Não existem direitos prontos e acabados, não existe uma lista de direitos.

No mesmo sentido, Nancy Fraser sustenta que as aclamações por reconhecimento são um processo na sociedade contemporânea. Contudo, as demandas dos movimentos sociais por reconhecimento de identidades culturais representam uma suavização das questões relativas às desigualdades econômicas, numa ordem social globalizada e caracterizada por injustiças econômicas (FERREIRA, 2010, 1-14).

Aponta, ainda, que reivindicações por reconhecimento da diferença alimentam as lutas de grupos mobilizados sob os preceitos da nacionalidade, etnicidade, “raça”, gênero e sexualidade. Separa analiticamente, apesar de seu vínculo, injustiça econômica e injustiça cultural. Para Nancy Fraser, a solução para a injustiça econômica é algum tipo de reestruturação político-econômica, como redistribuição de renda, reorganização da divisão do trabalho, controles democráticos do investimento ou a transformação de outras estruturas econômicas básicas (FRASER, 2006, p. 231-239).

Por seu turno, a injustiça cultural seria combatida por uma mudança cultural ou simbólica, por meio da revalorização das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais dos grupos difamados. Ou, ainda, o reconhecimento e a valorização positiva da diversidade cultural. Uma forma mais drástica seria alteração dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, de modo a modificar o sentido do eu de todas as pessoas (FRASER, 2006, p. 231-239).

4 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A JUSTIÇA E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Organização dos Estados Americanos (OEA) é o organismo regional mais antigo do mundo em atividade. Tem como finalidades construir uma ordem de paz e de justiça no continente americano, promover a

solidariedade, o desenvolvimento e a cooperação entre os Estados da região, além de defender a democracia e os direitos humanos (BRASIL, 2015?)

Origina-se na Primeira Conferência Internacional Americana, realizada em Washington, D.C., de outubro de 1889 a abril de 1890. O encontro culminou na criação da União Internacional das Repúblicas Americanas, e foi iniciada uma rede de disposições e instituições, que resultou no mais antigo sistema institucional internacional, o chamado “Sistema Interamericano” (OEA, 2019).

O início formalmente do Sistema ocorreu com a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em 1948, com a assinatura, em Bogotá, Colômbia, da Carta da OEA que entrou em vigor em dezembro de 1951. Posteriormente, a Carta foi emendada pelo Protocolo de Buenos Aires, assinado em 1967 e que entrou em vigor em fevereiro de 1970; pelo Protocolo de Cartagena das Índias, assinado em 1985 e que entrou em vigor em 1988; pelo Protocolo de Manágua, assinado em 1993 e que entrou em vigor em janeiro de 1996; e pelo Protocolo de Washington, assinado em 1992 e que entrou em vigor em setembro de 1997. A Organização foi criada no intuito de que os Estados membros “uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência”, como preconizado no Artigo 1º da Carta (OEA, 2019).

Adicionalmente, o Sistema conta com outros instrumentos como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Protocolos e Convenções sobre temas especializados, como a Convenção para Prevenir e Punir a Tortura, a Convenção sobre o Desaparecimento Forçado e a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, entre outros; e os Regulamentos e Estatutos de seus órgãos. A OEA, atualmente, é composta de 35 Estados independentes das Américas e constitui o principal fórum governamental político, jurídico e social do Hemisfério. A Organização concedeu o estatuto de observador permanente a 69 Estados e à União Europeia

(EU). Para alcançar seus objetivos mais importantes, a OEA fundamenta-se nos seus principais pilares: a democracia, os direitos humanos, a segurança e o desenvolvimento. A Convenção Americana, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, é um tratado internacional que prevê direitos e liberdades a serem respeitados pelos Estados Partes (OEA, 2019).

Em sua primeira parte, a Convenção Americana estabelece a obrigação dos Estados de resguardar os direitos e liberdades nela descritos, bem como o dever de adotar as disposições de direito interno que sejam necessárias ao efetivo gozo desses direitos. Em sua segunda parte, a Convenção identifica os seguintes direitos e liberdades: direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; direito à vida; direito à integridade pessoal; proibição da escravidão e da servidão; direito à liberdade pessoal; princípio da legalidade e da retroatividade; direito à indenização; proteção da honra e da dignidade; liberdade de consciência e de religião; liberdade de pensamento e de expressão; direito de retificação ou resposta; direito de reunião; liberdade de associação; proteção à família; direito ao nome; direitos da criança; direito à nacionalidade; direito à propriedade privada; direito de circulação e de residência; direitos políticos; igualdade perante a lei; proteção judicial e desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A Convenção foi subscrita após a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969 na cidade de San José, Costa Rica, e entrou em vigor em 18 de julho de 1978 (BRASIL, 2018).

A Convenção determina a Comissão e a Corte como órgãos competentes para conhecer dos assuntos relacionados aos compromissos firmados pelos Estados partes da Convenção; e regula seu funcionamento. A Comissão tem como a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização dos Estados Americanos na matéria. De um lado, tem competências com dimensões políticas, entre as quais se destacam a

realização de visitas in loco e a preparação de relatórios sobre a situação dos direitos humanos nos Estados membros. Por outro, executa funções com uma dimensão quase judicial. Dentro desta competência que recebe as denúncias de particulares ou organizações relativas a violações de direitos humanos, examina essas petições e adjudica os casos no suposto de que se cumpram os requisitos de admissibilidade. A Comissão Interamericana foi criada pela Resolução III da Quinta Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores celebrada em Santiago do Chile em 1959, com o fim de corrigir a carência de órgãos especificamente encarregados de velar pela observância dos direitos humanos no Sistema (BRASIL, 2019).

Um dos fundadores da OEA, assinando a Carta de 1948, o Brasil tem sua atuação no âmbito interamericano com base os princípios consagrados na Constituição Federal, os quais orientam as ações para a promoção eficaz dos "pilares" fundamentais da Organização (democracia, desenvolvimento integral, direitos humanos e segurança multidimensional). O Brasil é signatário de inúmeros tratados, convenções e declarações interamericanas nas mais diversas áreas, entre os quais destacam-se: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e Protocolos Adicionais; a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999); a Convenção Interamericana contra Todas as Formas de Discriminação e Intolerância de (2013). Gonçalves e Lima Júnior (2012, p. 463-477) exaltam que o fato de a Declaração Americana não ter natureza de tratado, levou à positivação de seus princípios em tratados posteriores.

No tocante à pessoa com deficiência, em 7 de junho de 1999, na Cidade do Guatemala, Guatemala, foi adotada a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, assinada pela República Federativa do Brasil em 8 de junho de 1999 e ratificada pelo Decreto nº 3.956, em 15 de agosto de 2001. O

referido documento, já no início de suas considerações ressalta a importância de considerar as pessoas portadoras de deficiência como detentoras dos “mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que outras pessoas e que estes direitos, inclusive o direito de não ser submetidas a discriminação com base na deficiência, emanam da dignidade e da igualdade que são inerentes a todo ser humano” (OEA, 1999).

A Convenção expõe os objetivos e providências a serem tomadas para reprimir a discriminação à pessoa com deficiência. Por seu turno, o descumprimento por parte dos Estados membros é passível de responsabilização perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (OEA, 1999). Na seara internacional verifica-se a incidência de uma ética universal que visa ao respeito, à integração e à proteção das pessoas com deficiência, tema presente nos instrumentos gerais e especiais de proteção (PIOVESAN, 2018, P. 547-566).

De acordo com Gonçalves e Limar Júnior (2012, 2012, p. 463-477). A primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana foi o caso Damião Ximenes. Em 2005, um fato jamais ocorrido anteriormente, o Brasil foi responsabilizado internacionalmente por não ter sido capaz de impedir a tortura e morte de um jovem pobre e com deficiência mental, além da incapacidade de punição aos responsáveis. A importância do caso baseou-se primeiramente na necessidade de fazer justiça para o senhor Damião Ximenes Lopes e oferecer uma reparação adequada a seus familiares, além da oportunidade do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos de desenvolver sua jurisprudência em relação aos direitos e a situação especial das pessoas com deficiência mental, os tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes a que são expostos, as obrigações do Estado em relação aos centros de saúde que atuam em seu nome e representação e as garantias judiciais relacionadas aos pacientes internados nelas, bem como a necessidade de efetuar investigações efetivas neste tipo de casos (CIDH, 2006).

Após três dias de internação na Casa de Repouso de Guararapes, pelo SUS, a mãe foi visitá-lo e ele estava em

péssimas condições (sujo, sangrando, dentre outros gravames à saúde) e, em seguida, faleceu. O médico atestou morte causada por parada cardiorrespiratória. Indignada, a família acionou a Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Ceará, bem como procurou outros recursos no ordenamento doméstico. Posteriormente, a irmã de Damião, levou o caso à justiça internacional e à ONG Justiça Global. Em defesa, o Brasil apresentou exceção preliminar no sentido de que não havia esgotado os recursos internos, exceção esta considerada extemporânea. Ainda, o Brasil reconheceu o desrespeito à Convenção Americana, porém garantiu que havia tomado as providências para melhorar as condições das instituições psiquiátricas do país e ofereceu pensão vitalícia à mãe (PALUMBO, 2012, n.p.).

A decisão da Corte foi no sentido de que o Brasil violou sua obrigação de garantir e respeitar os direitos humanos, especificamente, no caso, à integridade de Damião Ximenes e de sua família. Bem como o direito às garantias e proteção judicial aos familiares. O ineditismo se deve ao fato de que, pela primeira vez, o tribunal julgou violação aos direitos de uma pessoa com deficiência mental. Em 2007, o Brasil reafirmou a legitimidade e competência da Corte e o compromisso do país com o Sistema Interamericano, quando o então Presidente, Luiz Inácio Lula da Silva, publicou Diário Oficial da União, autorizando a Secretaria dos Direitos Humanos da Presidência da República a indenizar os familiares de Damião Ximenes (PALUMBO, 2012, n.p.).

A importância do caso baseou-se primeiramente na necessidade de fazer justiça para o senhor Damião Ximenes Lopes e oferecer uma reparação adequada a seus familiares, além da oportunidade do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos de desenvolver sua jurisprudência em relação aos direitos e a situação especial das pessoas com deficiência mental, os tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes a que são expostos, as obrigações do Estado em relação aos centros de saúde que atuam em seu nome e representação e as garantias judiciais relacionadas aos pacientes internados

nelas, bem como a necessidade de efetuar investigações efetivas neste tipo de casos (CIDH, 2006).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por intermédio deste estudo, observou-se que o conceito de deficiência gradativamente passou da compreensão biomédica, pautada, tão somente por critérios médicos, até ao modelo social, o qual considera além das limitações do ser humano, o espaço em que este está inserido. Juntamente com a mudança dessa perspectiva, o Direito, como ciência dinâmica que acompanha as mutações sociais, alterou-se, e, com ele, a visão presa ao indivíduo e ao patrimônio passou a voltar-se à proteção da pessoa e seus valores.

Foi realizado um debate com teorias sobre justiça e direitos humanos. Observou-se que justiça, em seu significado original seria “a ordem das relações humanas ou a conduta de quem se ajusta a essa ordem” e também que os direitos humanos e fundamentais, na atualidade enfrentam questões distintas das enfrentadas em 1948.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos possui na Convenção Americana (Pacto de São José da Costa Rica), o seu instrumento mais importante voltado para a proteção dos direitos humanos na América. E, para garantir os direitos previstos em tal texto, o sistema interamericano possui dois órgãos: a Comissão Americana de Direitos Humanos, que tem a função de promover a observância e a defesa dos direitos humanos, e a Corte, que exerce funções jurisdicionais e consultivas.

O caso de Damião Ximenes, em que o Brasil teve sua condenação inédita por tal Corte na obrigação de garantir e respeitar os direitos humanos, especificamente, à integridade da vítima e de seus familiares, bem como, o direito às garantias e proteção judicial aos familiares, tendo sido histórica tal decisão, no sentido de que foi a primeira vez que o tribunal julgou violação aos direitos de uma pessoa com deficiência mental, de modo que o país reafirmou a legitimidade e competência da Corte e o compromisso com o Sistema Interamericano.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 17 dez. 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf. Acesso em: 22 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 186, de 9 de julho de 2008**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **A Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/integracao-regional/14394-a-organizacao-dos-estados-americanos>. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Convenção Americana de Direitos Humanos**: interpretada pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/ConvencaoAmericanaSobreDireitosHumanos10.9.2018.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/CorteIDHPORTUGUESFINAL.docx>. Acesso em: 14 jul. 2019.

CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, 480 p.

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, n.p.

CIDH- Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Damião Ximenes Lopes**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/demandas.asp>. Acesso em: 30 jul. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999, 180 p.

FERREIRA, Wallace. Justiça e reconhecimento em Nancy Fraser: interpretação teórica das ações afirmativas no caso brasileiro. **Perspectiva Sociológica**, v. 5, n. 1, p. 1-14, 2010. Disponível em:

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:urhuH4EsCQ4J:https://www.cp2.g12.br/ojs/index.php/PS/article/download/606/519+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 25 jan. 2020.

FLORES, Joaquín Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência. **Direito e Democracia**, v. 4, n. 2, p. 287-304, 2003. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2457/1683>. Acesso em: 23 jun. 2019.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era pós-socialista. **Cadernos de Campo**, São Paulo, v. 15, n. 14/15, p. p. 231-239, 2006.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa; LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. A proteção dos direitos da pessoa com deficiência na jurisprudência da Corte Interamericana e da Corte Europeia de Direitos Humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coords.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, 477 p.

HARRIS, Alison; ENFIELD, Sue. Disability, Equality, and Human Rights: a training manual for development and humanitarian. London: Oxford, 2003. Disponível em: http://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/31341_rights.pdf. Acesso em: 3 nov. 2018.

LIZIERO, L. B. da S. A liberdade igual no estado constitucional de direito sob a perspectiva do contratualismo de John Rawls. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR*. Umuarama v. 17, n.1, p. 53-82, jan/jun. 2014.

MAIOR, Izabel Maria Madeira de Loureiro. Apresentação. In: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA; SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Brasília, 2007. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=424-cartilhac&category_slug=documentos-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 16 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, 7 de junho de 1999**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/o.Convencao.Personas.Portadoras.de.Deficiencia.htm>. Acesso em: 3 jul. 2019.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Acerca de la OAE**: Quiénes somos. Disponível em: http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp. Acesso em: 3 jul. 2019.

PEREIRA FILHO, Gerson; BERNARDO, Isadora Prévêde. Justiça e ética como fundamento da filosofia antiga. **Sapere aude**. Belo Horizonte, v. 9-n. 18, p. 329-350, jul./dez. 2018-ISSN: 2177-6342.
PEYCHAUX, Diego A. Fernández. La justicia como pretensión política: John Locke El Medioevo y La Modernidad. **Bao Palabra**. Revista de Filosofia II Época, n. 5, 2010, p. 239-250.

PALUMBO, Livia Pelli. **A efetivação dos direitos das pessoas com deficiência pelos sistemas de proteção dos direitos humanos**: Sistema Americano e Europeu. Disponível em: http://www.fauf.br/revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/XpIji4SKLO7rVtt_2013-12-4-17-41-52.pdf. Acesso em: 30 jul 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, 728 p.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 308-310.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. **General comment No. 7 (2018) on the participation of persons with disabilities, including children with disabilities, through their representative organizations, in the implementation and monitoring of the Convention**. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/7&Lang=en. Acesso em: 3 nov. 2018.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the High Commissioner. **The Convention on the Rights of**

Persons with Disabilities: Training Guide. New York; Geneva: United Nations, 2014. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CRPD_TrainingGuide_PTS19_EN%20Accessible.pdf. Acesso em: 27 jun. 2019.

WOLKMER, Antônio Carlos. Paradigmas, historiografia crítica e direito moderno. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, a. 28, n. 28, p. 55-67, 1994-5. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/9368>. Acesso em: 6 nov. 2019.

Recebido em: 10 de março de 2021

Avaliado em: 20 de março de 2021

Aceito em: 27 de março de 2021

1 Doutoranda em Direito pela UNICAP e Mestre em Direito pela FADIC. Especialista em Metodologia do Ensino da Língua Portuguesa pela UFRPE. Possui MBA em Gerenciamento de Projetos pela Unesa. Graduada em Direito (UNICAP) e em Odontologia (UFPE). Pesquisadora. Parecerista *ad hoc* de produtos editoriais (livros, capítulos, relatos de experiência, e-book) e avaliadora dos editais e chamadas públicas da Pró-Reitoria de Extensão e Cultura – UFPE. Facilitadora/Enap nos Cursos de: Aplicação de Penalidades em Contratos Administrativos e Pluralidade e Inclusão no Serviço Público. Organizadora, prefaciadora, autora de livros e artigos. Membro Efetivo das Comissões: Mulher Advogada - CMA, Direito Administrativo, Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência - CDDPD, Defesa e Proteção dos Animais - CDPA e Secretária da Comissão de Direito Aeronáutico, Aeroportuário e Espacial - CDAE da OAB/PE. Membro do Conselho Editorial da Revista LegalisLux. Advogada. Gestora Governamental/ Estado de Pernambuco. E-mail: flaviarenata@uol.com.br

O DIREITO AO RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE DE GÊNERO: ALTERAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO NO REGISTRO CIVIL E DEMAIS REFLEXOS JURÍDICOS DECORRENTES

THE RIGHT TO RECOGNIZE GENDER IDENTITY: THE CHANGING OF SEX, THE CIVIL REGISTRY AND THEIR REFLECTS ON THE LAW

Iverson Guilherme Teixeira Barbosa¹

RESUMO: Este trabalho objetiva explicar analiticamente o direito ao reconhecimento da identidade de gênero considerando a divergência existente entre o sexo enquanto categorias biológicas e o gênero na perspectiva de construção sociocultural. Refere-se, quanto a abordagem, a uma pesquisa qualitativa utilizando-se do procedimento técnico bibliográfico e documental, adotando o método dedutivo e histórico. É pontuada as questões de gênero com as relações sociais hierárquicas que permeiam a sociedade até hoje. Após esta base, é feito um retrospecto histórico das lutas e conquistas pelos movimentos sociais da causa. Desta forma, o estudo segue relacionando com a omissão e morosidade do Poder Legislativo que entorna as discussões acerca da promoção de políticas públicas de igualdade, reconhecimento e inserção da comunidade LGBTQIA+. Buscou-se pontuar os Projetos de Leis apresentados ao Congresso Nacional de que tratam das matérias. Em específico, apresenta ainda o PL 5002/2013 referente à identidade de gênero ao tratar da alteração do nome e do gênero no registro civil das pessoas transexuais. É dado enfoque ao pronunciamento dado pelo Poder Judiciário referente a questão, considerando a correlação existente entre os Direitos da Personalidade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. E por fim, traz outras questões oriundas do reconhecimento da identidade de gênero. Desta forma, a presente produção científica traz à baila a invisibilidade dada às pessoas transexuais pelo Poder Legislativo brasileiro ao não tratar com relevância as matérias atinentes a este grupo social.

Palavras-chave: Reconhecimento da Identidade de Gênero. Sexo. Registro Civil das Pessoas Naturais. Reflexos Jurídicos.

ABSTRACT: This work aims to analytically explain the right to the recognition of gender identity considering the divergence existing between sex as biological categories and gender in the perspective of sociocultural construction. As regards the approach, it refers to a qualitative research using the bibliographic and documentary technical procedure, adopting the deductive and historical method. Gender issues are punctuated with the hierarchical social relations that permeate society until today. After this base, a historical retrospective of the struggles and conquests by the social movements of the cause is made. In this way, the study follows relating to the omission and slowness of the Legislative Power that surrounds the discussions about the promotion of public policies of equality, recognition and insertion of the LGBTQIA + community. It was sought to point out the Draft Laws submitted to the National Congress that deal with the matters. In particular, it also presents the PL 5002/2013 regarding gender identity when dealing with the change of the name and the gender in the civil registry of transsexual people. Focus is given to the pronouncement given by the Judiciary regarding the issue, considering the existing correlation between the Rights of the Personality and the Principle of Human Dignity. Finally, bring legal reflexes regarding arising from the recognition of gender identity. In this way, the present scientific production brings to light the invisibility given to transsexual people by the Legislative Power by not dealing with matters relevant to this social group.

Keywords: Recognition of Gender Identity. Sex. Civil registry of individuals. Legal Reflexes.

1 INTRODUÇÃO

A estrutura da sociedade é composta por relações sociais de caráter múltiplo, correspondendo ao conjunto de interações entre diferentes indivíduos e até mesmo

entre grupos sociais distintos. As diferentes formas de interações resultam na assimilação e identificação do indivíduo com determinados grupos sociais, processo fundamental para o desenvolvimento da sociedade

considerando a pluralidade de agentes que se orientam por referências em comum.

As relações sociais, dentre muitas, a exemplo, podem ser de caráter Familiar, Cultural, Religioso, Político e também de Gênero. Este último protagonizará o enfoque da presente pesquisa.

Objetiva o presente trabalho se aprofundar nas questões referentes à identidade de gênero partindo-se de uma perspectiva social, enquanto estudo das relações, e de uma perspectiva jurídica quanto ao direito ao reconhecimento de identidade no registro civil público. Compreende-se como necessária uma análise comportamental das normas quanto a estas questões no Brasil. Desta forma, em paralelo com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos de Personalidade previsto no ordenamento jurídico brasileiro, também será abordada a problematização histórica e contemporânea do conceito de gênero e de sexo na sociedade e, em especial, no meio da representação Política.

Há mais de duas décadas em que é levado ao Congresso Nacional Projetos de Leis que tratam da garantia de direitos voltados aos transexuais, mas atualmente o Poder Legislativo ainda incorre em morosidade ao que se refere à regulamentação da matéria, deixando um inaceitável e infeliz vácuo legislativo quanto a questão.

Em decorrência desta omissão do Poder Legislativo, o Poder Judiciário tem-se intimado a tratar das questões referentes ao reconhecimento da identidade de gênero, alteração do nome e do gênero no registro civil e acerca de outros aspectos jurídicos sociais, tais como a utilização de banheiros públicos, trabalhistas e previdenciários. A inércia do Poder Legislativo quanto o direito ao reconhecimento da identidade de gênero e seus reflexos jurídicos decorrentes no Brasil, configuram a problemática da presente pesquisa.

Baseado nas breves considerações aqui já expostas, é que se defende e fundamenta a importância da presente discussão que se ampara no entorno da invisibilidade Legislativa que tem violado Princípios Fundamentais

contidos na Constituição Federal de 1988. A exemplo, em seu artigo 1º, inciso III, que prevê explicitamente o Preceito da Dignidade da Pessoa Humana, que deve ser adotado por todo ordenamento jurídico brasileiro por ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Por consequência, em específico, é razoável o debate quanto a alteração do nome e do gênero nos assentamentos dos Registros Cíveis das Pessoas Naturais e a atualização de outros documentos de identificação inerentes as pessoas transexuais, explanando alguns aspectos refletidos no mundo jurídico quanto a este direito.

Com respaldo nas breves considerações até aqui já citadas, na primeira parte da presente pesquisa serão abordadas ponderações quanto a conceituação de sexo e gênero e suas concepções sociais históricas, além das características elementares que circundam as pessoas Transexuais enquanto identidade de construção social com base nas relações sociais, diferenciando dos conceitos básicos de sexualidade enquanto orientação.

Em seguida, é compreendida a concepção de gênero ligada as relações sociais historicamente hierárquicas que se conectam com a violência de gênero e se agravam quando voltadas ao público LGBTQIA+. Ainda nesta parte será feito um apanhado histórico das lutas e das conquistas dos movimentos sociais dedicados a estas questões e os embates de resistências sociais em contraposição à discriminação.

Na segunda parte será tratado da até então omissão do Poder Legislativo quanto a regulamentação da efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e dos Direitos da Personalidade referentes as pessoas transexuais. Fazendo um apanhado dos Projetos de Leis apresentados que tratam da matéria, mas que nunca receberam a devida atenção e encontram-se engavetados atualmente no Congresso Nacional. Seguindo a ordem, observações serão feitas a respeito da atuação do Poder Judiciários através dos seus Tribunais perante matérias acerca da alteração do nome e do gênero nos assentamentos de Registros Cíveis das Pessoas Naturais no registro público de pessoas transexuais.

E por fim, na terceira parte, serão pontuados os reflexos jurídicos da correspondência da identidade de gênero autopercebida com o registro público, no seu enquadramento em questões sociais, civis, trabalhistas e previdenciárias. Os temas serão abordados sob uma perspectiva com base na Dignidade da Pessoa Humana prevista no ordenamento jurídico doméstico e nas obrigações previstas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, considerando que o Brasil é um dos países signatários da referida carta.

A presente produção é direcionada, quanto à abordagem do problema, pelo Método Qualitativo, descrevendo a relação existente entre os objetivos e os resultados que não são interpretados por números. De forma indutiva, são feitas as análises e interpretações dos fenômenos estudados já citados.

Contudo, em relação aos procedimentos, foi adotada a técnica de Pesquisa Bibliográfica em que buscou amparo para as discussões e para os resultados nas obras históricas, da ciência social e doutrinárias jurídicas de grande relevância já publicadas. Um misto entre as publicações clássicas e contemporâneas, que flutuam dos anos de 1980 até as mais recentes publicações. Ao tempo que também foi utilizada da Análise Documental. E nesta linha, não limitado à doutrina, também são analisados Projetos de Leis, Leis e Jurisprudências interpretadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2 AS RELAÇÕES SOCIAIS E A CONCEPÇÃO DE SEXO, GÊNERO E SEXUALIDADE

As Relações Sociais são compostas por um conjunto de ações desenvolvidas por atores inseridos na sociedade, concentrando-se no relacionamento entre indivíduos no interior de determinado grupo, desenvolvendo o dinamismo de assimilação e identificação com as referências presentes no mesmo meio em comum. Ou seja, há uma referência centralizada que passa a ser o objeto primordial para o processo de identificação das pessoas inseridos em determinado meio.

Max Weber, alemão, contribuinte para os estudos das relações sociais, compreende quanto a estas que:

Por “relação” social entendemos o comportamento reciprocamente referido quanto a seu conteúdo de sentido por uma pluralidade de agentes e que se orienta por essa referência. A relação social consiste, portanto, completa e exclusivamente na probabilidade de que se aja socialmente numa forma indicável (pelo sentido), não importando, por enquanto, em que se baseia essa probabilidade. (WEBER, 2015 p.16)

Essa perspectiva relacional de identidade é quem orienta o comportamento dos indivíduos pelo fato de conviverem em sociedade. A convivência existente entre umas e outras pessoas entorno das mesmas formalidades, costumes, hábitos, práticas, desencadeia a fixação de uma relação social. Max Weber, em estudo por Gabriel Cohn, reforça a concepção ao explicar:

A relação social diz respeito à conduta de múltiplos agentes que se orientam reciprocamente em conformidade com um conteúdo específico do próprio sentido das suas ações. Na ação social, a conduta do agente está orientada significativamente pela conduta de outro ou outros, ao passo que na relação social a conduta de cada qual entre múltiplos agentes envolvidos (que tanto podem ser apenas dois e em presença direta quanto um grande número e sem contato direto entre si no momento da ação) orienta-se por um conteúdo de sentido reciprocamente compartilhado. (COHN, 1997 p.30)

Partindo-se dos breves conceitos abordados, sendo assimilada a existência das relações sociais como fatores de identificação do indivíduo, pode-se delimitar a discussão e analisar a diferença existente entre “sexo”, compreendido como fator biológico, “gênero” enquanto construção social fruto de suas relações, e “sexualidade”, enquanto orientação, uma vez que seus conceitos são equivocadamente abordados como sinônimos.

2.1 CONCEPÇÃO DE SEXO

O sexo relaciona-se com as distinções biológicas entre homens e mulheres. É a condição biológica “imposta” ao indivíduo desde o seu nascimento, momento em que é declarado se é “macho” ou “fêmea” após uma leitura visual do corpo do ser humano. Refere-se a características corporais tais como: pênis, vaginas, seios, aparelhos reprodutivos e etc.

Assim, quanto a sexo, compreende a Organização Mundial da Saúde que "(...) sexo refere-se à características biológicas e fisiológicas que definem homens e mulheres (...)" que "(...) homem e mulher são categorias sexuais (...)".

Igualmente o conceito de sexo pode ser encontrado no Portal Significados com a definição de que sexo é a:

Reunião das características distintivas que, presentes nos animais, nas plantas e nos seres humanos, diferenciam o sistema reprodutor; sexo feminino e sexo masculino. Aquilo que marca a diferenciação (órgãos genitais) entre o homem e a mulher, delimitando seus papéis na reprodução. (PORTAL SIGNIFICADOS, 2020)

Contudo, percebe-se que o sexo consiste na concepção físico-biológico, observado pela presença do aparelho genital, o que diferencia os seres humanos entre machos e fêmeas. No entanto, é salutar diferenciar seu conceito com a concepção de gênero, nos termos do seguinte subtópico.

2.2 CONCEPÇÃO DE GÊNERO

O gênero é compreendido como uma construção, constituição sociocultural da percepção quanto a masculinidade e feminilidade. Proveniente das relações sociais consistentes nos fatores indicativos de como cada gênero deve se portar no meio, com aparato nos padrões e nas regras estabelecidas na sociedade. A forma como os homens e as mulheres se portam na sociedade é fruto da prescrição dada a cada gênero. É compreendido como a identidade social das pessoas quanto ao comportamento assimilado.

De forma perspicaz, quanto a Gênero explica Letícia Rabelo que:

Gênero é a assunção de significados culturais, específicos de uma categoria social, pelo corpo sexuado, e faz referência às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas. Não haveria uma concepção

universal da pessoa, como se acredita, posto que elas e seus gêneros são socialmente construídos por meio de suas relações, em contexto historicamente e determináveis. (RABELO, 2017)

Ainda cerca do tema, através do ponto de vista filosófico, compreende Judith Butler¹:

Gender is not exactly what one "is" nor is it precisely what one "has." Gender is the apparatus by which the production and normalization of masculine and feminine take place along with the interstitial forms of hormonal, chromosomal, psychic, and performative that gender assumes. To assume that gender always and exclusively means the matrix of the "masculine" and "feminine" is precisely to miss the critical point that the production of that coherent binary is contingent, that it comes at a cost, and that those permutations of gender which do not fit the binary are as much a part of gender as its most normative instance. To conflate the definition of gender with its normative expression is inadvertently to reconsolidate the power of the norm to constrain the definition of gender. Gender is the mechanism by which notions of masculine and feminine are produced and naturalized, but gender might very well be the apparatus by which such terms are deconstructed and denaturalized. (BUTLER, 2004 p. 273)

Assim, convém dizer que o gênero é resultado da configuração social de identificação do masculino e do feminino ou outro gênero diferente destas opções, levando em conta a não binaridade. Salientando que Identidade de Gênero consiste na autocompreensão individual. A forma que exterioriza, se identifica como é culturalmente.

Dentro dos estudos de gênero e de identidade, elege-se como importante definir os termos "Cisgênero" e "Transgênero". O Cisgênero é compreendido como o indivíduo que se identifica com o sexo biológico. Há uma consonância anatômica com a expressão de gênero no meio cultural-social. Diferentemente do Transgênero, que é compreendido como o indivíduo que se identifica com o sexo oposto ao atribuído no seu nascimento. A identidade de gênero é oposta ao sexo biológico.

O Ministério Público, genialmente, discorre sobre os termos:

aquelas permutações de gênero na qual não se encaixam no binário são tão parte de gênero quanto sua instância mais normativa. Fundir a definição de gênero com sua expressão normativa é reconsolidar inadvertidamente o poder da norma para construir a definição de gênero. Gênero é o mecanismo da qual noções de masculinidade e feminilidade são produzidos e naturalizados, mas gênero deve muito bem ser o aparato na qual tais termos são desconstruídos e desnaturalizados.¹

¹ Tradução nossa: "Gênero não é exatamente o que alguém "é" nem precisamente o que alguém "tem". Gênero é o aparato pela qual a produção e normalização do masculino e feminino toma lugar juntamente às formas relativas hormonal, cromossomal, física e performativa que gênero assume. Presumir que gênero sempre e exclusivamente significa a matriz do "masculino" e "feminino" é ignorar o ponto crítico que a produção daquele coerente binário é contingente, que vem com um custo, e que

Cisgêneras são as pessoas que possuem uma identidade de gênero correspondente ao sexo biológico. Um homem é cisgênero se seu sexo biológico e sua identidade de gênero forem masculinas, independentemente da orientação sexual que tenha, homossexual ou heterossexual. Ou seja, há homens e mulheres cisgêneras homossexuais, heterossexuais e bissexuais. Transgêneras é a expressão “guarda-chuva” utilizada para designar as pessoas que possuem uma identidade de gênero diferente daquela correspondente ao sexo biológico. Há transgêneros heterossexuais, bissexuais e homossexuais. Neste último caso, a orientação sexual da pessoa transgênera é dirigida para alguém com a mesma identidade de gênero, mas de sexo biológico diferente. (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017)

Com tanto, os termos Cisgênero e Transgênero correspondem à identidade de gênero. A forma de como as pessoas se identificam, diferentemente de sexualidade, que será abordada a seguir.

2.3 CONCEPÇÃO DE SEXUALIDADE

A sexualidade está intrinsicamente ligada às práticas eróticas, à predileção nas relações afetivas e de desejo, e diz respeito à orientação sexual. Desta forma, a orientação sexual é pertencente à indicação do desejo sexual do indivíduo. Exemplificando, dentre os tipos existentes de orientação sexual, têm-se as mais predominantes. Considerando que se a atração for direcionada a alguém do gênero oposto, será denominado heterossexual. Já se for conduzida ao mesmo gênero, será qualificado como homossexual. E se for guiado para ambos os gêneros, será nominado como bissexual. Correspondente à definição exposta, vale observar a definição dada pela cartilha “Diversidade Sexual e a Cidadania LGBT” do estado de São Paulo:

Orientação Sexual é a atração afetiva e/ou sexual que uma pessoa manifesta em relação à outra, para quem se direciona, involuntariamente, o seu desejo. Existem três tipos majoritários de orientação sexual: Heterossexual: Pessoa que se sente atraída afetiva e/ou sexualmente por pessoas do sexo/gênero oposto. Homossexual (Gays e Lésbicas): Pessoa que se sente atraída afetiva e/ou sexualmente por pessoas do mesmo sexo/gênero. Bissexual: Pessoa que se sente atraída afetiva e/ou sexualmente por pessoas de ambos os sexos/gêneros. (SÃO PAULO, 2018 p.14-15)

Neste mesmo pensar, satisfatoriamente, a Organização Mundial da Saúde (OMS) define a orientação sexual ao conjecturar como:

A central aspect of being human throughout life encompasses sex, gender identities and roles, sexual orientation, eroticism, pleasure, intimacy and reproduction. Sexuality is experienced and expressed in thoughts, fantasies, desires, beliefs, attitudes, values, behaviours, practices, roles and relationships. While sexuality can include all of these dimensions, not all of them are always experienced or expressed. Sexuality is influenced by the interaction of biological, psychological, social, economic, political, cultural, legal, historical, religious and spiritual factors. (OMS, 2000)

A partir destas abordagens explanadas das concepções de sexo, gênero e sexualidade, percebe-se que os diferentes conceitos não se confundem e é clara a dissemelhança entre eles. De forma pedagógica, no Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião, a doutora em psicologia social, Jaqueline Gomes diferencia ao abordar:

Crescemos sendo ensinados que “homens são assim e mulheres são assado”, porque “é da sua natureza”, e costumamos realmente observar isso na sociedade. Entretanto, o fato é que a grande diferença que percebemos entre homens e mulheres é construída socialmente, desde o nascimento, quando meninos e meninas são ensinados a agir de acordo como são identificadas, a ter um papel de gênero “adequado”. Como as influências sociais não são totalmente visíveis, parece para nós que as diferenças entre homens e mulheres são naturais, totalmente biológicas, quando, na verdade, parte delas é influenciada pelo convívio social. Além disso, a sociedade em que vivemos dissemina a crença de que os órgãos genitais definem se uma pessoa é homem ou mulher. Porém, essa construção do sexo não é um fato biológico, é social. (JESUS, 2012)

Sexo é biológico, gênero é social. E o gênero vai além do sexo: O que importa, na definição do que é ser homem ou mulher, não são os cromossomos ou a conformação genital, mas a auto-percepção e a forma como a pessoa se expressa socialmente. Se adotamos ou não determinados modelos e papéis de gênero, isso pode independer de nossos órgãos genitais, dos cromossomos ou de alguns níveis hormonais. (JESUS, 2012)

Feitas estas considerações, é necessário compreender a subordinação de poderes existente na estrutura da sociedade. Em especial, aqueles decorrentes das considerações de gêneros, que serão o enfoque das explicações seguintes.

3 GÊNEROS E AS RELAÇÕES SOCIAIS HIERÁRQUICAS

A hierarquização social relaciona-se a privilégios e sentimentos de honra social. Intrinsicamente à

distribuição de poder dentro da sociedade, onde os indivíduos se enquadram em determinado status social, resultando na elevação e/ou na exclusão social.

Para Karl Marx, as classes sociais surgem por meio das relações de produção. As posições que os indivíduos ocupam dentro da esfera produtiva. Sejam entre os burgueses ou proletariados, o poder de capital é quem define o seu pertencimento. Já Max Weber vai além por acreditar que as distinções das classes sociais não se limitam a fatores meramente econômicos, mas também social e político. Nesta perspectiva, observemos a análise de Manuel Carlos Silva:

O modo de olhar weberiano em relação à exclusão social oferece, porém, um forte contraste em relação à perspectiva durkheimiana, na medida em que Weber (1978) concebe a sociedade como algo resultante da luta pelo poder entre classes, grupos ou categorias sociais em três planos, aliás interdependentes: econômico, social e político. Ou seja, a divisão do poder conhece uma tri-dimensionalidade, em que cada uma das formas de poder representa uma base distinta de suporte para a reivindicação de poder de disposição sobre recursos e recompensas, quer materiais, quer simbólicas. Desta divisão tridimensional do poder Weber (1978) não tem contudo uma visão compartimentada, isto é, quem detenha uma posição vantajosa na esfera econômica poderá converter na esfera social e/ou política e vice-versa. Se os teóricos do poder e das elites relevam de Weber (1978) a concepção de poder pela via partidária, estatal e burocrática, os teóricos da estratificação e das classes sociais salientam, respectivamente, a importância do status e/ou da classe como bases e formas de obtenção de prestígio e poder. No entanto, o método pluricausal weberiano não se presta a este tipo de reducionismos, sendo, pelo contrário, o sociólogo mais multifacetado que permite fazer pontes e mediações com diversas correntes e autores. Assim, ao definir, analisar e classificar as classes sociais, Weber (1978) mostra certas afinidades com a visão marxista, embora a própria definição restrita de classes em Weber (1978) coloque menos o acento tônico no lugar ocupado por cada grupo de atores sociais na produção e mais no controle e na posse de recursos nos diversos tipos de mercados. Onde, numa concepção ampla de classes, Weber (1978) não se limita a uma visão assente no critério econômico produtivista, mas abrange neste os aspectos (re)distributivos e de consumo e, além disso, articula o econômico com a vertente social e a dimensão da autoridade e do poder. (SILVA, 2007)

Percebe-se, na visão de Weber, a existência de diversos fatores que embasam a hierarquia social dividida por classes com mais e com menos poderes. Mas na abordagem de Boaventura Souza Santos, os estudos sociológicos dos anos de 1980 e 1990, trazem ainda a configuração de novos atores políticos decorrentes dos

movimentos sociais, indo mais além que a concepção de Weber. Santos observa o surgimento de movimentos de emancipação que desvenda outras formas de opressão que transcendem as relações de produção que são fortemente ligadas às questões econômicas, que acredita que a desigualdade econômica financeira era vista como exclusiva na estruturação das desigualdades sociais, pois as lutas se concentravam nas melhores condições para os operários. (SANTOS, 1999, 259).

Existem especificidades de opressão que a princípio eram desconsideradas pelo movimento operário. A exemplo das mulheres que tiveram papéis importantes nos movimentos. E além disso, continuavam sendo oprimidas na tentativa de conciliar o trabalho com as atividades domésticas. Essas atividades de cuidar da casa, do marido e dos filhos associadas às mulheres eram vistas como funções naturais a serem desempenhadas pelas mulheres, o que fortificava ainda mais a desigualdade e a hierarquia.

O termo “gênero” passou a ser utilizado para interpretar as relações existentes entre os homens e as mulheres, o que especificaria os significados sociais atrelados ao sexo. Com isto, nota-se que estas atividades domésticas associadas às mulheres não é apenas uma atribuição natural atrelada ao feminino, mas uma concepção sociocultural construída que justifica a subordinação das mulheres quanto aos homens. Segundo Márcio Mucedula Aguiar:

Para Stolcke os estudos sobre as mulheres enfatizam principalmente suas experiências, sejam as benéficas como as prejudiciais. Já os estudos de gênero percebiam que a situação das mulheres só poderiam ser apreendidas numa abordagem relacional, ou seja, na relação entre homens e mulheres. Nessas relações hierárquicas que demarcam funções associadas ao sexo, lugares sociais e padrões de comportamento é que se pode perceber como o gênero é uma dimensão importante na construção de nossas hierarquias. (AGUIAR, 2007).

Assim nota-se que padrões sociais atrelados ao gênero denotam a hierarquização em decorrência deste. Nesta análise, é estabelecido pela sociedade uma distribuição de atribuições e responsabilidade que vão de encontro à vontade das pessoas, sendo utilizado apenas

critérios sexistas, uma vez que o modo feminino difere-se do modo masculino.

Maria de Jesus Izquierdo divide em duas esferas as atividades masculinas distintas das femininas em “doméstica” e “pública” com a seguinte abordagem:

Cada uma destas esferas constitui o espaço social de um dos gêneros. Sendo a esfera doméstica o espaço próprio do gênero feminino e a esfera pública o espaço próprio do gênero masculino. Além disso ao gênero feminino corresponde as fêmeas de nossa espécie e ao gênero masculino os machos. Mas como a relação entre sexo e gênero não tem uma relação determinista – mesmo que o sexo seja utilizado como referencial para a imposição do gênero – nem toda fêmea se ajusta perfeitamente ao modelo de relações e atividades próprias do gênero feminino, como nem todo o macho se ajusta ao modelo masculino. Na esfera masculina, é onde tem lugar a transcendência do ser humano através de sua incidência sobre o controle da natureza. Transformando o mundo, produzindo conhecimentos científicos, invadindo territórios ou protegendo-os das invasões, ordenando através de atividades políticas a sociedade em que habita, é como o gênero masculino contribui para a produção da existência humana. Na esfera feminina, doméstica, tem lugar a produção e reprodução da vida humana. Produção gerando novas vidas, reprodução restaurando as energias vitais consumidas cotidianamente. Essa produção e reprodução de vida humana, que fará possível as atividades transcendentais. (IZQUIERDO, 1992)

Portanto, é essa divisão das atividades domésticas e públicas que potencializa a hierarquia, em grau específico, entre o masculino e o feminino.

3.1 MASCULINO PARA O FEMININO – FEMININO PARA O MASCULINO

Partindo-se da ideia de polarização, as condutas já pré-estabelecidas pela sociedade das atividades a serem desenvolvidas pelos gêneros, quando alguém deixa de agir conforme estas condutas ocorre o que é considerado a passagem do masculino para o feminino ou do feminino para o masculino. Fato que não se enquadra dentro da heteronormatividade institucionalizada na moral de comunidades com características machistas, homofóbicas e misóginas, o que conseqüentemente resulta em violência em decorrência da ausência de igualdade de gêneros.

Desde o nascimento, às pessoas é ensinado claramente quais atividade e situações concernentes ao homem e a mulher, transpassando a ideia de que cada um

tem de desempenhar funções diferentes e já preestabelecidas do que é permitido a cada um deles, assim como ações, condutas, costumes, emoções, gostos, dentre outros.

À mulher é lembrado o seu papel de reprodutora, por sua estrutura fisiológica ser compatível com essa função. Em decorrência disto, a elas acabam sendo atribuídas as atividades de cuidar da casa e da família. Zelar o homem enquanto a estes é atribuído as atividades que requeem “níveis de intelectualidade” como o trabalho fora de casa, chefiar, ordenar, consumir bebidas alcoólicas, dentre outras que caso sejam desempenhas por mulheres será considerado errado. Situações que legitima as disparidades da relação de poder entre o feminino e o masculino, colocando como hierarquicamente inferior aquele em relação a este.

Segundo Barbieri, há linhas de interpretações acerca das relações hierárquicas de gênero que afirmam que o fato do homem ser fundamental para fecundar a mulher justifica a desigualdade existente em várias sociedades e culturas. Desta forma, apresenta-se o conceito de Interseccionalidade mostrando a subordinação e coexistência entre dois pontos, o feminino e o masculino, explicitando vivências e costumes sociais diferentes para homens e mulheres dentro da mesma sociedade. (BARBIERI, 1991)

Para visualizar melhor esta ideia de distinção de perspectiva, vejamos pela literatura de Rowbotham:

A organização social de gênero constrói duas visões de mundo, donde se pode concluir que a perspectiva da mulher e seus interesses divergem do ponto de vista do homem e dos seus interesses. As experiências, ao adquirirem um colorido de gênero, como ocorrem com a classe e a etnia, demonstram que a vida não é vivida da mesma forma para homens e mulheres. (ROWBOTHAM *apud* SCOTT, 1996).

E essa transição de atividades masculinas serem desempenhadas por mulheres, ou atividade femininas serem desempenhadas por homens é inaceitável pelo padrão cultural imposto o que reforça e legitima as desigualdades de gênero. Mas o processo de identidade de gênero vai além do papel desenvolvido por homens e por mulheres. Por esta razão, vale ressaltar ainda que há

existência de subgrupos na análise da identidade de gênero, que desconstrói a dicotomia de apenas dois polos, o feminino e o masculino, mas a possibilidade de sobrenadar entre eles.

3.2 IDENTIDADES NÃO BINÁRIAS

É imperioso destacar a variabilidade existente de subgrupos sob a temática da identidade de gênero. De forma categórica, como já estudado, há a denominação bilateral de homem e de mulher. Mas não se limita a apenas a essa categorização que define compulsoriamente as identidades de gênero. Como explica Nádía Pino:

A experiência intersex mostra em níveis extremados a normalização compulsória dos corpos e das identidades, pois evidencia a restrição das identidades de gênero ao binarismo homem-mulher e a das identidades sexuais a uma suposta coerência necessária entre corpo sexuado, práticas e desejos. (PINO, 2007, p. 152)

Vale analisar especificamente as pessoas com disforia de gênero, seja masculino que se sente feminino ou feminino que se sente masculino, e os indivíduos de gênero não-binário, ou seja, que não se identificam completamente com nenhum dos sexos, sendo também pessoas transgêneros.

Mesmo que os sexos pareçam não problematicamente binários em sua morfologia e constituição (ao que será questionado), não há razão para supor que os gêneros também devam permanecer em número de dois. A hipótese de um sistema binário dos gêneros encerra implicitamente a crença numa relação mimética entre gênero e sexo, na qual o gênero reflete o sexo ou é por ele restrito. (BUTLER, 2003, p. 24)

É necessário explicar a Teoria de Gênero como sendo uma perspectiva variável que vai além da dicotomia existente entre homem e mulher. Vale considerá-lo como fluante entre esses dois termos possibilitando a exploração do conceito de transgeneridade, compreendendo também todos os gêneros não-binários que flutuam entre as duas polaridades. Compreendendo pessoas que não se compreendem, se identificam totalmente como mulheres, nem totalmente como homens e também pessoas que são totalmente dos dois gêneros. Dentro desta multiplicidade de identidades não-

binárias, temos por exemplo os casos de: Agênero: Pessoas não-gênero, que vivenciam a sua ausência; Bigênero: Pessoas que se identificam com os dois gêneros simultaneamente; Trigênero: Três gêneros simultaneamente; Gênero fluido: Pessoas que não se restringem a dois gêneros apenas e se encontram em constante mudança; Pangênero: Referente a gêneros que podem ultrapassar a finitude do que atualmente entendemos acerca de gênero e; Intergênero: Meio termo entre dois gêneros quaisquer. (ESPECTOMETRIA, 2021)

De forma didática, vale analisar a figura abaixo para melhor compreensão.

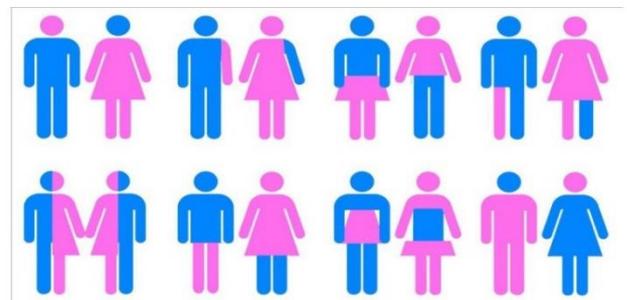


Figura 1: Variação de gênero. Uma cor representa a identidade 100% masculina. A outra cor representa a identidade 100% feminina. Nas configurações ilustrativas de bonecos e cores, a sua realocação de cores em partes diferentes do boneco representa a variação não binárias de gêneros. (Ilustração retirada do Carta Capital (Texto Próprio).

Contudo, percebe-se que insistir na polarização entre apenas o feminino e o masculino é no mínimo capcioso e discriminatório, uma vez que a binaridade não inclui outras variedades de identidades existentes, as não binárias.

É imperioso destacar a existência de uma infinidade de variações de subgrupos que permeiam entre o masculino e o feminino, independentemente de pessoas terem nascido com pênis ou com vagina, o que não é fator determinante para o processo de auto identidade. A exemplo de bigênero, intergênero, agênero, terceiro gênero, demimenino, deminenia, epiceno, dentre outros. É no mínimo grosseiro a sua rotulação, petrificação, uma vez que exclui outras formas de se auto identificar.

Com base nas breves abordagens deste título, percebeu-se que gênero é uma divisão sociocultural entre os sexos. A ramificação da compreensão social que exclui

a “não binaridade”, é a imposição pela sociedade da “binaridade” que põe o gênero masculino em detrimento do gênero feminino, beneficiando aquele em relação a este, fomentando cada vez mais o caráter social hierárquico em decorrência do gênero direcionado à identidade feminina dentro de suas variações ao que se refere também à não binaridade.

4 VIOLÊNCIA CONTRA O PÚBLICO LGBTQIA+ NO BRASIL

A população brasileira, de forma geral, está exposta à violência, mas a situação se agrava ao se referir a violências em decorrência de orientação sexual ou identidade de gênero, mais especificamente contra o Público LGBTQIA+. É importante esmiuçar a definição de cada uma dessas siglas, conforme abaixo: *L*: Referente às Lésbicas e está relacionado a Orientação Sexual. São Mulheres que sentem atração sexual ou afetiva por pessoas do mesmo gênero, ou seja, por outras mulheres, sejam estas cisgêneras ou transgêneras; *G*: Representa os Gays e também está relacionado à Orientação Sexual. São homens que se sentem atraídos por outros homens, sejam estas cisgêneros ou transgêneros; *B*: Define a inclusão das pessoas Bissexuais, que possuem atração sexual por ambos os gêneros masculino e feminino; *T*: Abrange as identidades de gêneros, englobando os Transgêneros, Transexuais e Travestis. São pessoas que não se identificam com o sexo atribuído em seu nascimento; *Q*: Vem do Queer, definindo as pessoas que flutuam entre as concepções de gênero ou que não acompanham a binaridade polarizada do masculino e do feminino, a exemplo das Drag Queens. *I*: Denomina sobre o Intersexual, pessoas com características sexuais femininas e masculinas. As combinações biológicas e a estrutura corporal não se encaixam na polarização binária do masculino e do feminino. *A*: Aborda os Assexuais ou Assexuados, que independentemente do gênero, não sentem atração sexual por outras pessoas. O normalizado o fato destas pessoas não priorizarem o as relações sexuais humanas; *+*: O + representa todas as outras

possibilidades variantes de Orientação Sexual e Identidade de Gênero. (EDUCA MAIS BRASIL, 2020)

Cada letra da sigla LGBTQIA+ representa um grupo de pessoas em específico que sofrem violência da sociedade em geral, sendo ela física, verbal, psicológica, dentre outras. Seja por motivos referentes a orientação sexual ou identidade de gênero, é pelo simples fato destes grupos não se enquadrarem no padrão heteronormativo imposto pela sociedade.

Correlacionando a violência com a sigla em discussão, verifica-se seu agravante em decorrência da polarização binária e da hierarquização social de gênero que tem seu aparato na subordinação da mulher em detrimento do homem, como visto no título anterior. Em geral, o que se aproxima do feminino já entra na escala de subordinação, assim como o que foge dos padrões heteronormativos. E grande parte do público LGBTQIA+ está inserido nos dois agravativos.

Tratando em números, é exponencial no Brasil o crescimento de mortes da população LGBTQIA+ por violência em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero, levando em consideração os anos entre 2000 e 2019.

Observa-se na tabela a seguir elaborada pela ONG (Organização Não Governamental) do Grupo Gay da Bahia – GGB, o número de vítimas registradas ano a ano das últimas duas décadas.

Ano	N. Vítimas
2000	130
2001	132
2002	126
2003	125
2004	158
2005	135
2006	112
2007	142
2008	187
2009	199
2010	260
2011	266
2012	338
2013	314
2014	329

2015	319
2016	343
2017	445
2018	420
2019	329
Total	4809

Tabela 1: Casos de mortes violentas de LGBT+, Brasil, 2000 a 2019. (tabela retirada do relatório anual de 2019 do Grupo Gay da Bahia, disponível em: <https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-aneais-de-morte-de-lgbti/>).

Considerando que no ano 2000 foram registradas 130 mortes contra LGBTQIA+ em razão da orientação sexual ou identidade de gênero, e que no ano de 2017, ano de maior número registrado, foram um total de 445 pessoas, podemos identificar um aumento significativo nas últimas duas décadas de 342,30% na quantidade de vítimas fatais do ódio, preconceito e intolerância.

É importante lembrar que esses números referem-se a apenas um único canal de recepção de informações de violência contra Direitos Humanos, salientando que existem outros como o Disque 100 e Transgender Europe.

Vale lembrar que a tabela não representa o quantitativo simples e geral de mortes de pessoas do segmento LGBTQIA+, mas sim as mortes ocorridas em razão do gênero ou orientação sexual que motivaram a violência contra as vítimas. Nota-se preocupante a evolução ano a ano destas mortes motivadas nas últimas duas décadas. Vítimas do preconceito, da intolerância e do ódio.

A violência em razão da orientação sexual e identidade de gênero é alarmante em todo o mundo e o Brasil se destaca entre os números na liderança de notificações. A comunidade LGBTQIA+ sente-se ameaçada a todo instante pela própria sociedade e pelo governo em decorrência de sua inércia quanto à garantia de Direitos básicos que asseguram a Dignidade da Pessoa Humana. Apesar de termos apontado dados dos últimos 20 (vinte) anos, a comunidade LGBTQIA+ é vítima de violência no Brasil desde o século passado, e mesmo assim ainda não há a aplicabilidade suficiente de Políticas Públicas direcionadas a este segmento.

Feitas estas considerações, é necessário salientar que nem sempre estas matérias eram objeto de estudo e de discussões no meio científico e de representatividade estatal. Graças aos Movimentos Feministas e LGBTQIA+, as demandas das causas passaram a ser observadas mais a fundo. Nos tópicos seguintes será abordada a importância dos movimentos sociais para a garantia de direitos básicos, assim como será visto o tratamento legislativo dado no Brasil acerca do tema em discussão. Em seguida será dado o enfoque ao Direito ao Reconhecimento da Identidade de Gênero pelas pessoas trans no direito nacional.

5 MOVIMENTOS SOCIAIS LGBTQIA+

Decorrentes do Direito de Manifestação, os Movimentos Sociais compreendem a formação de grupos de pessoas que lutam e questionam por uma causa social em comum aos indivíduos participantes. São fenômenos sociais decorrentes de lutas que vão introduzindo na sociedade mudanças estruturais significativas. Assim desde meados do século XX que as ações coletivas lideradas pelos Movimentos Feministas e pelos Movimentos LGBTQIA+ vem questionando o espelho esperado pela sociedade para homens e para mulheres, contestando os padrões de gênero e de sexualidade, com enfoque voltado as desigualdades já estabelecidas socialmente entre os homens e as mulheres, e entre heterossexuais e homossexuais.

O professor e doutor André Musskopf, apresenta com maestria a expressividade destes Movimentos na década de 70 do século passado:

Na década de 70, o mundo ocidental presenciou uma efervescência de movimentos políticos contestatórios do status quo branco, rico, masculino e heterossexual. Dois destes movimentos que interessam de maneira especial aqui foram a Segunda Onda do Movimento Feminista e a organização do moderno Movimento Homossexual (de maneira simbólica instaurado a partir de 1969 com a Revolta de Stonewall). Concomitantemente a estes movimentos políticos desenvolveram-se os campos teóricos definidos como Feminismo e Estudos Gays e Lésbicos. (MUSSKOPF, 2005, p.186)

Por mérito destes Movimentos Sociais Feministas que iniciaram indagações acerca dos padrões definidos para a concepção do “ser mulher”, ocorreu o desmonte da padronização. Assim como o Movimento Social LGBTQIA+, que direcionaram seus questionamentos para a área da sexualidade. Neste contexto, é digno de vislumbre o lecionar de André Musskopf acerca do tema:

Os estudos feministas, ao incorporarem as categorias de gênero, forneceram um instrumental capaz de questionar, nas diversas áreas do conhecimento e em todas as esferas da vida, os padrões patriarcais que definem o que significa ser “mulher” (e conseqüentemente colocaram em questão o que significa ser “homem”, embora esta questão apenas muito recentemente tenha se tornado objeto de reflexão por parte dos homens). A desconstrução a partir destas categorias mostrou que, tanto homens quanto mulheres, aprendem a ser e viver como tal a partir de um complexo aparato de normas e regras de comportamento que definem os papéis de gênero. Desta forma, permitiram visualizar as conexões estabelecidas entre sexo (o dado físico-biológico) e gênero (o dado social) sem, muitas vezes, questionar a relação natural estabelecida entre esses dois e o dado sexual (a sexualidade), mantendo uma suposta orientação lógica do desejo para aquilo que se chama de “sexo oposto”. Assim, muitas vezes, não questionaram a estrutura heterocêntrica da sociedade ocidental, ignorando que os dados físico-biológico e social são atualizados nos corpos desejantes e excluindo uma multiplicidade de possibilidades de vivência da sexualidade localizadas fora dos padrões heteronormativos. Os estudos gays e lésbicos utilizaram-se das categorias de gênero, mas desenvolveram seus estudos notadamente na área da sexualidade. Com o aprofundamento destes estudos e também com o questionamento advindo dos movimentos políticos, categorias como “homossexual”, “gay” e “lésbica”, mostraram-se demasiadamente limitantes para falar da diversidade de identidades sexuais construídas e vividas por integrantes destes movimentos. Estas categorias, muitas vezes, acabavam por essencializar uma identidade homossexual facilmente assimilada dentro do sistema patriarcal e heterocêntrico, mantendo-o intacto. (MUSSKOPF, 2005, p.186)

Através da pressão direcionada ao Estado em parceria com a sociedade civil, sempre se visou a implementação de Ações Afirmativas que garantam os Direitos das Minorias, promovendo a cidadania e no combate à discriminação em razão de gênero e da sexualidade.

A partir das breves considerações até aqui já explanados, é valioso tratar de forma sucinta da (im)previsão legal e jurisprudencial de países da América do Sul quanto a efetivação de Direitos Básicos, afunilando

a análise para o campo do Direito ao Reconhecimento da Identidade de Gênero. Desta forma, será contextualizada e questionada a situação, o posicionamento normativo do Brasil em comparativo com os países vizinhos quanto a possibilidade da alteração do nome e do gênero no assento civil de nascimento, a fim do reconhecimento da identidade de gênero.

Doravante este ponto de estudo, questiona-se em seguida a morosidade do Poder Legislativo brasileiro ao tratar da regulamentação da matéria, sendo imperiosa a análise crítica de seu comportamento. E que conseqüentemente, a demanda passou a ser discutida pelo Poder Judiciário.

Contextualizada a problemática da presente pesquisa, segue-se à análise principiológica da Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana.

6 ENTRELAÇO DA IGUALDADE COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO BRASIL

A celebração da Dignidade da Pessoa Humana não é recente no ceio da normatividade. No âmbito internacional, momento pós II Guerra Mundial, em 1948, em que atos bárbaros aboquejaram a consciência da humanidade no mundo, em Assembleia Geral na Organização das Nações Unidas, foi Proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Um instrumento expressivo para os Direitos Humanos no século XX, a fim de estabelecer a proteção destes direitos, almejando a ser alcançada por todos os povos e nações. Em seu artigo 1º é abordada a igualdade de Direitos em paralelo com a Dignidade Humana: “Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” (ONU, 1948)

Nota-se, a partir desta perspectiva, que todas as pessoas têm direito à Liberdade e à Igualdade, possuindo seu sustentáculo na Dignidade da Pessoa Humana.

Mas vale ressaltar que o Princípio da Igualdade possui uma interpretação complexa, pois necessita ser

analisado perante a realidade social abrangendo a contextualização cultural de um país. Segundo Celso Ribeiro Bastos, “é o princípio da igualdade um dos de mais difícil tratamento jurídico. Isto em razão do entrelaçamento existente no seu bojo de ingredientes de direito e elementos metajurídicos”. (BASTOS, 1995 p. 164).

Ao tratar do Princípio da Igualdade, a Doutrina traz duas concepções acerca do tema. Sendo a Igualdade Formal, que é uma igualdade perante a literalidade da lei, e esta deve ser aplicada igualmente para todos. Desta forma, ensina Luis Pinto Ferreira que “a igualdade formal deve ser entendida como igualdade diante da lei vigente e da lei a ser feita, deve ser interpretada como um impedimento à legislação de privilégios de classe deve ser entendido como igualdade diante dos administradores e dos juízes.” (FERREIRA, 1983, p. 770)

Já a Igualdade Material, com base nas discussões aristotélicas, busca a aplicação desigual das normas para atender as necessidades dos menos favorecidos e igualá-los às mesmas condições das pessoas que se encontram socialmente em patamares elevados. Desta forma, é avultoso apreciar Aristóteles ao dizer que “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.” (ARISTÓTELES, 2001)

Em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Brasil, país signatário, na busca pela defesa da garantia de Direitos Fundamentais do indivíduo e da sociedade, através da Constituição Federal de 1988, ao internalizar a instituição do Estado Democrático de Direito, garantidor das liberdades civis, traz expressamente em seu artigo 1º, inciso III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a Dignidade da Pessoa Humana. Que reza:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Ademais, o texto constitucional, em seu artigo 3º, firma os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre eles, o inciso IV, “(...) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL, 1988.)

E posteriormente, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu artigo 5º, reza que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)” (BRASIL, 1988.)

Zarpando-se da análise da Constituição Cidadã, em simetria com dispositivos internacionais, fortifica a previsão para o estabelecimento da Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana para as Pessoas Transgênero, considerando que a concepção binária ainda é fortemente imposta como o padrão social e é excludente quanto àquelas pessoas que não se enquadram dentro da polarização compreendida como o homem e a mulher, apenas.

A não binaridade ainda é fortemente ignorada no Brasil, o que torna as identidades que flutuam entre a concepção cultural de homem e de mulher cada vez mais vulneráveis.

Compreende-se como relevante esta análise de efetivação da Igualdade pela necessidade de considerar a existência da hierarquização social em decorrência do gênero, uma vez que as mulheres são subordinadas em detrimento aos homens. Inclui-se nesta concepção as pessoas trans, porém com o agravante de estarem fora dos padrões heteronormativos impostos pela sociedade.

É necessária a inserção da matéria nas discussões parlamentares para o tratamento da questão no universo infraconstitucional, em especial, ao que se refere ao direito ao reconhecimento de sua identidade de gênero e

ramificações decorrentes, e não deixá-las apenas no campo internacional e constitucional.

Porém apesar destas previsões, o Poder Legislativo brasileiro ainda se mantém omissos quanto à regulamentação da matéria no âmbito infraconstitucional. Situação que dificulta no desenvolvimento de políticas públicas que visam proteger os direitos básicos da comunidade LGBTQIA+, com fulcro na igualdade material e na aplicabilidade do preceito da Dignidade da Pessoa Humana.

Face a esta constatação, é possível pontuar inúmeros Projetos de Lei em trâmite no Congresso Nacional, mas que não são tratados com prioridades. Assim serão elencados cronologicamente no tópico seguinte.

7 PROJETOS DE LEI APRESENTADOS AO CONGRESSO NACIONAL

São inúmeros os Projetos de Lei apresentados à casa Legislativa referentes à proteção e promoção de direitos LGBTQIA+.

7.1 PROJETO DE LEI Nº 70/1995

Apresentado em 22 de fevereiro do ano de 1995, de autoria do então Deputado Federal José Coimbra - PTB/SP, busca admitir a mudança do prenome mediante autorização judicial, desde que o requerente tenha se submetido à cirurgia de redesignação sexual. Atualmente o Projeto encontra-se pronto para Pauta no Plenário. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1995)

7.2 PROJETO DE LEI Nº 2976/2008

De autoria da então Deputada Federal Cida Diogo - PT/RJ, apresentado em 11 de março do ano de 2008, que visa acrescentar o artigo 58-A à Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), discutindo a possibilidade da utilização do nome social por travestir ao lado do prenome oficial. O Projeto está apensado ao PL 70/1995. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2008)

7.3 PROJETO DE LEI 7582/2014

Idealizado por Maria do Rosário - PT/RS, apresentado em 20 de maio do ano de 2014, este projeto busca definir como crime de ódio qualquer ato violento e discriminatório contra o LGBTQIA+ e cria mecanismos para coibir estas condutas. Encontra-se aguardando parecer do relator na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014)

7.4 PROJETO DE LEI 291/2015

Desenvolvido pela Senadora Gleisi Hoffmann (PT/PR), e apresentado em 20 de maio do ano de 2015, o referido sugere alterar o Código Penal no que tange ao crime de injúria para que este também se configure ao consistir a utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem, gênero, idosos ou deficientes. O último estado é de estar aguardando designação do relator. (SENADO FEDERAL, 2015)

7.5 PROJETO DE LEI 5255/2016

Apresentado por Laura Carneiro - PMDB/RJ em 11 de maio do ano de 2016, o presente projeto busca alterar a forma do registro civil público dos recém nascidos para não constar o sexo biológico, deixa-lo como indefinido, assim restando para quando o indivíduo estiver maior e capaz escolher qual sexo queira que conste em seu registro. Encontra-se apensado ao PL 1475/2015. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015)

7.6 PROJETO DE LEI 7292/2017

Consideravelmente relevante no quesito segurança pública, este foi apresentado em 4 de abril do ano de 2017, e busca alterar o Código Penal para prever o LGBTcídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio e torna-lo hediondo. Atualmente está aguardando parecer

do relator na Comissão de Direitos Humanos e Minorias. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017)

7.7 PROJETO DE LEI 7702/2017

Também em tramitação, desenvolvido por Weverton Rocha - PDT/MA, apresentado em 23 de maio do ano de 2017, objetiva incluir na Lei 7.716, que versa sobre os Crimes de Racismo, os crimes de discriminação e preconceito em razão da orientação sexual ou identidade de gênero. Apensado ao PL 5944/2016. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017)

7.8 PROJETO DE LEI 134/2018

Levado ao Senado pelo senador Paulo Rocha, em 21 de março do ano de 2018, sugere a criação do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, assegurando a igualdade, criminalizar a discriminação, defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos das minorias sexuais e de gênero, buscando proteger a família, reconhecimento de parentalidade e identidade de gênero, dentre outros direitos e garantias fundamentais. Atualmente a matéria se encontra com a relatora. (SENADO FEDERAL, 2018)

A partir desta breve análise, observa-se até então que são inúmeros os Projetos de Lei apresentados ao Congresso Nacional objetivando proteger a comunidade LGBTQIA+. Propostas sempre embasadas na busca pela igualdade material amparadas pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sempre abordando a possibilidade da mudança do prenome no Registro Civil, a utilização do nome social ao lado do nome civil pelas travestis, criminalização ao ódio contra LGBTQIA+, configuração de injúria nos casos da utilização de elementos referentes ao gênero, qualificadora do crime de homicídio praticado contra LGBTQIA+, dentre outros.

Dentre os Projetos que tratam da proteção garantista à comunidade LGBTQIA+, tem-se o Projeto de Lei nº 5002/2013, também conhecido como Projeto de Lei João W. Nery, o qual por se tratar especificamente do Reconhecimento da Identidade de Gênero, parte central

da presente pesquisa, merece ser estudado em destaque, em título específico, como será visto a seguir.

8 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O PROJETO DE LEI JOÃO W. NERY - Nº 5002/2013

Os Direitos da Personalidade, oriundos do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, são intransmissíveis, irrenunciáveis, indisponíveis, impenhoráveis, não podendo ser mensurados quanto a patrimonialidade, originários, vitalícios, oponíveis, absoluto e imprescritíveis, não podendo ser objeto de negócio jurídico válido. Segundo Carlos Alberto Bittar, são "(...) direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes". (BITTAR, 1995).

Segundo o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 2º "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro." (CÓDIGO CIVIL, 2002)

A partir desta perspectiva, ao nascer com vida, o ser humano contrai capacidade civil e, por consequência, os Direitos da Personalidade. Dentre as ramificações desses direitos, decorre o direito à identificação através do nome.

O nome não deve ser considerado apenas como uma forma de diferenciar os indivíduos, mas também como ferramenta de expressividade da autopercepção enquanto ser humano. Como um dos principais instrumentos de identificação, o nome é o primeiro sinal que deve estar atrelado ao reconhecimento individual, sendo garantido pelo Código Civil Brasileiro, compreendido com o prenome e o sobrenome. Por ter efeito erga omnes, deve ser respeitado por todos.

Corroborando com tal entendimento, quanto ao nome, conceitua Carlos Roberto Gonçalves que o nome "é a designação ou sinal exterior pelo qual a pessoa identifica-se. Integra a personalidade, individualiza a pessoa, inclusive após a sua morte, e indica a sua procedência familiar. Empregado em sentido amplo, indica o nome completo." (GONÇALVES, 2001)

No mesmo pensar, para Maria Helena Diniz, “O nome integra a personalidade por ser o sinal exterior pelo qual se designa, se individualiza e se reconhece a pessoa no seio da família e da sociedade (...)” (DINIZ, 2009)

Por se tratar do direito de identificação inerente ao ser humano, o nome, atrelado a autopercepção, merece destaque quanto ao transsexual e o seu direito de reconhecimento. Com esta finalidade, o Projeto de Lei 5002/2013, apresentado aos 20 dias do mês de fevereiro do ano de 2013, de autoria do então Deputado Federal Jean Wyllys - PSOL/RJ e da Deputada Federal Érika Kokay - PT/DF, com 14 artigos, dispõe sobre o direito à identidade de gênero e alteração do artigo 58 da Lei de Registros Públicos - 6.015 de 1973.

Em sua justificativa, os autores do projeto abordam claramente a inconsonância entre a identidade legal e a identidade social das pessoas trans. Existem instrumentos de identificação legal que não condizem com quem o transporta, o que provoca sofrimentos e constante negação de Direitos Fundamentais. Vejamos parte da justificativa a seguir:

O imbróglgio jurídico sobre as identidades “legal” e “social” das pessoas travestis, transexuais e transgêneros provoca situações absurdas que mostram o tamanho do furo que ainda existe na legislação brasileira. Graças a ele, há pessoas que vivem sua vida real com um nome — o nome delas, pelo qual são conhecidas e se sentem chamadas, aquele que usam na interação social cotidiana —, mas que carregam consigo um instrumento de identificação legal, uma carteira de identidade, que diz outro nome. E esse nome aparece também na carteira de motorista, na conta de luz, no diploma da escola ou da universidade, na lista de eleitores, no contrato de aluguel, no cartão de crédito, no prontuário médico. Um nome que evidentemente é de outro, daquele “ser imaginário” que habita nos papeis, mas que ninguém conhece no mundo real. Quer dizer, há pessoas que não existem nos registros públicos e em alguns documentos e há outras pessoas que só existem nos registros públicos e em alguns documentos. E umas e outras batem de frente no dia-a-dia em diversas situações que criam constrangimento, problemas, negação de direitos fundamentais e uma constante e desnecessária humilhação. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013)

O projeto proposto busca garantir o direito de toda pessoa ao reconhecimento de sua identidade de gênero, ao desenvolvimento de sua pessoa conforme tal, e o direito de ser tratado e identificado de acordo com sua identidade, inclusive nos documentos pessoais, a começar

pela alteração do sexo no Registro Civil Público. Desta forma, previsto em seu artigo 1º:

Artigo 1º - Toda pessoa tem direito:

- I - ao reconhecimento de sua identidade de gênero;
- II - ao livre desenvolvimento de sua pessoa conforme sua identidade de gênero;
- III - a ser tratada de acordo com sua identidade de gênero e, em particular, a ser identificada dessa maneira nos instrumentos que acreditem sua identidade pessoal a respeito do/s prenome/s, da imagem e do sexo com que é registrada neles. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013)

Além do mais, prevê que toda pessoa poderá solicitar a retificação na documentação pessoal de seu sexo e do pronome sempre que não coincida com a identidade de gênero autopercebida. Para tanto, segundo o artigo 4º, os requisitos são:

Artigo 4º - Toda pessoa que solicitar a retificação registral de sexo e a mudança do prenome e da imagem, em virtude da presente lei, deverá observar os seguintes requisitos:

- I - ser maior de dezoito (18) anos;
- II - apresentar ao cartório que corresponda uma solicitação escrita, na qual deverá manifestar que, de acordo com a presente lei, requer a retificação registral da certidão de nascimento e a emissão de uma nova carteira de identidade, conservando o número original;
- III - expressar o/s novo/s prenome/s escolhido/s para que sejam inscritos.

Parágrafo único: Em nenhum caso serão requisitos para alteração do prenome:

- I - intervenção cirúrgica de transexualização total ou parcial;
- II - terapias hormonais;
- III - qualquer outro tipo de tratamento ou diagnóstico psicológico ou médico;
- IV - autorização judicial. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013)

Contudo, desde que cumprido todos os requisitos, o Registrador Civil Público ou Escrevente Autorizado poderá proceder, independentemente de trâmite judicial ou administrativo, à alteração da mudança de sexo e do prenome. Por consequência, deverá emitir uma nova Certidão de Nascimento e um novo Registro Geral ou Carteira de Identidade que espelhem a mudança realizada. Salientando que fica vedada qualquer menção à identidade anterior. Ao tempo que também não será dada nenhuma publicidade acerca da mudança de sexo e do prenome, salvo mediante autorização do titular destas informações. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013)

Vale ressaltar que a alteração do sexo e do prenome no Registro Civil preservará a maternidade e/ou paternidade da pessoa transexual e o seu matrimônio.

Com amparo na Dignidade da Pessoa Humana e nos Direitos de Personalidade, o Direito a autopercepção da identidade de gênero não é garantido apenas com a alteração do sexo e do prenome. Com esta observância, o Projeto de Lei prevê a gratuidade, através do SUS, dos procedimentos do exercício do direito à identidade de gênero das pessoas, facilitando sempre o seu acesso.

Atenção à literalidade *ipsis litteris*:

Artigo 9º - Os tratamentos referidos no artigo 11º serão gratuitos e deverão ser oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e pelas operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º da Lei 9.656/98, por meio de sua rede de unidades conveniadas.

Artigo 11º - Toda norma, regulamentação ou procedimento deverá respeitar o direito humano à identidade de gênero das pessoas. Nenhuma norma, regulamentação ou procedimento poderá limitar, restringir, excluir ou suprimir o exercício do direito à identidade de gênero das pessoas, devendo se interpretar e aplicar as normas sempre em favor do acesso a esse direito. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013)

E no seu desenlace, caso aprovado, modificaria o artigo 58º da lei 6.015/73 de Registros Públicos, que passaria a ter a seguinte redação:

Art. 58º. O prenome será definitivo, exceto nos casos de discordância com a identidade de gênero auto-percebida, para os quais se aplicará a lei de identidade de gênero. Admite-se também a substituição do prenome por apelidos públicos notórios. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013)

Nesta análise, observa-se que o Projeto de Lei João W. Nery - nº 5002/2013, propõe a regulamentação infraconstitucional da garantia dos Direitos da Personalidade inerentes ao reconhecimento da identidade de gênero no registro civil e aos tratamentos médicos necessários para a efetivação da autopercepção das pessoas transexuais, em observância ao preceito fundamental da Dignidade Humana. Porém, em 31 de janeiro do ano de 2019, o Projeto fora arquivado e no Brasil ainda inexistente legislação que trate da matéria da alteração do sexo e do prenome no Registro Civil.

9 POSTURA JURISPRUDENCIAL E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.275

São inúmeras as situações de constrangimentos pelas quais passam os transexuais ao que se refere à identificação perante a sociedade. Uma vez que o sexo e o nome presente nos documentos pessoais não condizem com a identidade autopercebida. A burocracia jurídica e a omissão do Legislativo ao tratar da regulamentação da matéria impossibilitam a efetivação e garantia de Direitos Fundamentais inerentes aos transexuais no Brasil.

De modo geral, as questões dos Registros Públicos são regulamentadas pela Lei nº 6.015 de 1973. Entre as obrigatoriedades de registros previstas, encontra-se a do registro civil de nascimento, devendo constar o sexo do registrando, nome, prenome, horário de nascimento, nomes dos avós e etc.

Em decorrência do Princípio da Imutabilidade do Nome Civil, de ordem pública, a Lei 6.015/1973 prevê apenas algumas hipóteses em específico de possibilidade de alteração do nome, sendo elas nos casos de apelidos públicos e notórios, nos termos do artigo 58; no primeiro ano após atingida a maioridade civil, desde que não prejudique os apelidos da família, conforme o artigo 56; e nos casos em que o nome expõe ao ridículo seus portadores, como prevê o artigo 55 do mesmo instrumento legal.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência vêm relativizando o Princípio da Imutabilidade do Nome Civil, discutindo a permissibilidade de retificação no registro público, em especial, nos casos de reconhecimento da identidade de gênero.

Recentemente, no ano de 2018, na extraordinária decisão do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275, ajuizada pela Procuradoria Geral da República, o Supremo percebeu a possibilidade/necessidade da alteração do nome e do gênero no assento do registro civil, independentemente da cirurgia de resignação sexual. No intuito de ser dada interpretação extensiva ao artigo 58 da Lei 6.015 de 1973, conforme a constituição federal preceitua os Direitos de Personalidade e o Princípio da Dignidade da Pessoa

Humana. Segundo Edson Fachin, observa-se o objeto da ADIN:

O pedido é para que seja dada interpretação conforme a Constituição de modo a reconhecer aos transexuais, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, o direito à substituição de prenome e sexo no registro civil. A fim de indicar as balizas necessárias para o deferimento do pedido de alteração, o requerente sugere: “idade igual ou superior a 18 anos, que se encontram há pelo menos três anos sob a convicção de pertencer ao gênero oposto ao biológico, seja presumível, com alta probabilidade, que não mais modificarão a sua identidade de gênero, requisitos que devem ser atestados por um grupo de especialistas que avaliem aspectos psicológicos, médicos e sociais”. (BRASIL, STF, 2018)

Percebe-se a necessidade de prolações de decisões interpretativas a luz da Constituição Federal com efeitos aditivos dadas pelos tribunais para a efetivação de Direitos e Garantias Fundamentais. Quanto a questão, é imperioso destacar parte da análise do português Blanco de Moraes, trazida por Edson Fachin em seu voto:

Portanto, não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal está a se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. Em verdade, é preciso deixar claro que a prolação de decisões interpretativas com efeitos aditivos não é algo novo na jurisprudência do STF. Poder-se-ia, inclusive, atestar que se trata apenas de uma nova nomenclatura, um novo (e mais adequado) termo técnico para representar formas de decisão que o Tribunal costuma tomar quando realiza a conhecida interpretação conforme a Constituição e, com isso, acaba por alterar, ainda que minimamente, os sentidos normativos do texto legal. Tornou-se algo corriqueiro mencionar a jurisprudência da Corte italiana sobre o tema para, num exercício de direito comparado, defender a “introdução” de novas técnicas de decisão no controle abstrato no Brasil. (BRASIL, 2018)

Com base na análise de Blanco de Moraes, ligado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Edson Fachin ainda diz que:

A solução para a presente questão jurídica deve passar, invariavelmente, pela filtragem da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e da cláusula material de abertura prevista no § 2º do art. 5º. Nesse sentido, o presente caso transcende a análise da normatização infraconstitucional de regência dos registros públicos, sendo melhor

compreendido e solucionado à luz dos direitos fundamentais, de sua eficácia horizontal e dos direitos da personalidade.

A Constituição em seu art. 5º, caput, estabelece a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ao passo que em seus incisos se podem ver assegurados a: i) igualdade entre homens e mulheres (inciso I), bem como ii) a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X).

Como já consignei, tais dispositivos não podem ser lidos de forma distanciada da cláusula de tutela geral da personalidade fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, mote da repersonalização do Direito Privado. Isso porque “os direitos de personalidade não têm por fundamento o dado abstrato da personalidade jurídica, mas, sim, a personalidade como dado inerente ao sujeito concreto” (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Princípio da Dignidade Humana (no Direito Civil). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Orgs.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.p. 314). (BRASIL, 2018)

Quanto aos votos dos Ministros, houveram julgamentos parcialmente procedentes e totalmente procedentes ao pedido, cada um expondo claramente suas justificativas. Todos os ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram o Direito do reconhecimento da Identidade de Gênero. Entre estes, a maioria votou por não ser pré-requisito a autorização judicial. Para ratificar, o site do STF informa que:

Todos os ministros da Corte reconheceram o direito, e a maioria entendeu que, para a alteração, não é necessária autorização judicial. Votaram nesse sentido os ministros Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e a presidente da Corte, Cármen Lúcia. Ficaram vencidos, nesse ponto, o ministro Marco Aurélio (relator), que considerou necessário procedimento de jurisdição voluntária (em que não há litígio) e, em menor extensão, os ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, que exigiam autorização judicial para a alteração. (BRASIL, 2018)

Compreendida a abordagem, percebe-se que a negativa jurídica da possibilidade ao reconhecimento da identidade de gênero pelas pessoas transexuais viola significativamente o Preceito Fundamental da Pessoa Humana e os Direitos da Personalidade. Contudo, após o julgamento do Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça editou em 28 de junho do ano de 2018 o Provimento de nº 73, o qual trata da regulamentação do nome e sexo no registro civil público, a fim de preencher

o buraco omissivo existente do Poder Legislativo quanto a matéria.

10 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O PROVIMENTO Nº 73

Apesar da matéria quanto a possibilidade do reconhecimento da identidade de gênero ainda não estar regulamentada por lei, o provimento nº 73 "(...) dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN) (...)" (CNJ, PROVIMENTO Nº 73, 2018), pontuando os legitimados, o procedimento, a competência e requisitos documentais.

Desde que habilitados a praticar todos os atos da vida civil, os maiores de 18 anos estão legitimados a requererem a alteração do nome e do gênero no Registro Civil de Nascimento no próprio ofício do Registro Civil de Pessoas Naturais (RCPN) em que fora registrado o nascimento do interessado ou em qualquer outro cartório do Brasil, nos termos dos artigos 2º e 3º do referido provimento.

Além do mais, deixa claro que a solicitação da alteração não está condicionada à autorização judicial e nem à cirurgia de redesignação sexual, podendo ser realizada apenas pelas vias administrativas, tendo como base a autonomia da autopercepção individual do requerente.

Valendo observar a literalidade:

Art. 4º O procedimento será realizado com base na autonomia da pessoa requerente, que deverá declarar, perante o registrador do RCPN, a vontade de proceder à adequação da identidade mediante a averbação do prenome, do gênero ou de ambos.

§ 1º O atendimento do pedido apresentado ao registrador independe de prévia autorização judicial ou da comprovação de realização de cirurgia de redesignação sexual e/ou de tratamento hormonal ou patologizante, assim como de apresentação de laudo médico ou psicológico. (BRASIL, CNJ, 2018)

Quanto ao procedimento, deve ser feito ao Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN) o pedido para alteração do nome e do gênero ou do nome e do gênero no

registro civil de nascimento, inclusive podendo ser formulado o pedido no Cartório de Registro Civil diverso daquele onde se encontra o assentamento da pessoa solicitante. Neste último caso, o procedimento será remetido ao Registrador do Ofício onde se encontra o assentamento.

Digno de notoriedade são os documentos obrigatórios e facultativos a serem apresentados ao Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais ainda previstos no artigo 4º:

§ 6º A pessoa requerente deverá apresentar ao ofício do RCPN, no ato do requerimento, os seguintes documentos:

- I - certidão de nascimento atualizada;
- II - certidão de casamento atualizada, se for o caso;
- III - cópia do registro geral de identidade (RG);
- IV - cópia da identificação civil nacional (ICN), se for o caso;
- V - cópia do passaporte brasileiro, se for o caso;
- VI - cópia do cadastro de pessoa física (CPF) no Ministério da Fazenda;
- VII - cópia do título de eleitor;
- IX - cópia de carteira de identidade social, se for o caso;
- X - comprovante de endereço;
- XI - certidão do distribuidor cível do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal);
- XII - certidão do distribuidor criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal);
- XIII - certidão de execução criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal);
- XIV - certidão dos tabelionatos de protestos do local de residência dos últimos cinco anos;
- XV - certidão da Justiça Eleitoral do local de residência dos últimos cinco anos;
- XVI - certidão da Justiça do Trabalho do local de residência dos últimos cinco anos;
- XVII - certidão da Justiça Militar, se for o caso.

7º Além dos documentos listados no parágrafo anterior, é facultado à pessoa requerente juntar ao requerimento, para instrução do procedimento previsto no presente provimento, os seguintes documentos:

- I - laudo médico que ateste a transexualidade/travestilidade;
- II - parecer psicológico que ateste a transexualidade/travestilidade;
- III - laudo médico que ateste a realização de cirurgia de redesignação de sexo. (BRASIL, CNJ, 2018)

O CNJ destaca que apenas o prenome e o agnome podem ser objeto de alteração, não sendo permite modificar o sobrenome. O primeiro nome é compreendido como prenome, podendo ser simples, a exemplo de Ana, Maria, João, José, ou composto, a exemplo Ana Carolina, João Paulo, Marcos Vinícius, dentre outros. Enquanto o Agnome é o último nome após o sobrenome, que faz menção a um ancestral, seja neto, filho, sobrinho, Junior, e

etc. Além do mais, ainda é proibido que na alteração o interessado fique com o nome idêntico ao de outro membro familiar.

Imperioso ressaltar que as alterações ao que se refere o provimento em análise possuem natureza sigilosa e desta forma não poderão constar na certidão de nascimento informações a respeito das alterações, a não ser por solicitação do requerente ou por determinação judicial, casos em que será emitida uma Certidão de Inteiro de Teor do assentamento.

Com respaldo nas breves análises do Provimento nº 73 do Conselho Nacional de Justiça, conclui-se que a alteração do nome e do sexo no registro civil de nascimento possui caráter desburocratizante, uma vez que independe de autorização judicial e de cirurgia de redesignação sexual, podendo ser requerido administrativamente em qualquer Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais do Brasil, permitindo às pessoas transexuais o exercício dos Direitos da Personalidade atendendo a Dignidade da Pessoa Humana.

Julga-se como imperiosa a análise dos reflexos jurídicos decorrentes do reconhecimento da identidade de gênero, conforme será visto no título seguinte.

11 REFLEXOS JURÍDICOS DECORRENTES

As dificuldades pelas quais passam as pessoas transexuais quanto ao seu reconhecimento da autopercepção de gênero são inúmeras, uma vez que não há inércia do legislativo apenas quanto a alteração do sexo e do nome no registro civil, mas soma-se a este, outros reflexos jurídicos decorrentes. Tais como os relativos à utilização de banheiro público, casamento, aspectos previdenciários e trabalhistas, dentre outros. Situações que requerem soluções jurídicas para que as pessoas transexuais possam ter uma vida normal perante a sociedade em qualquer situação. Valendo-se de sua identidade de gênero e de suas garantias fundamentais, conforme será examinado a seguir.

11.1 UTILIZAÇÃO DE BANHEIROS PÚBLICOS POR TRANSEXUAIS

Atualmente há ainda quem questione: “E qual banheiro o homem trans ou a mulher trans poderá utilizar?!” Aparentemente simples, mas há inúmeras controversas sociais acerca da indagação. E em decorrência disso a matéria já fora apresentada ao Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário n.º 845.779, sendo reconhecida a existência da Repercussão Geral da questão suscitada.

O caso trata de uma mulher trans, conhecida como Ama, com registro de nascimento com nome André dos Santos Fialho, em que interpôs agravo em face da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Observa-se a ementa do referido recurso:

TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. (BRASIL, STF, 2015)

Distribuído por prevenção, o relator do caso Ministro Luís Roberto Barroso traz a narrativa dos fatos formulada pela parte ora agravante, *in verbis*:

André dos Santos Fialho ajuizou ação de indenização por danos morais contra Beiramar Empresa Shopping Center Ltda., na qual relatou que, ao passear pelo estabelecimento réu e tentar fazer uso de um banheiro, foi vítima de discriminação praticada por seguranças do local em razão de ser transexual. Esclareceu que, ao entrar no banheiro feminino, como costumeiramente faz em locais públicos, foi abordado por uma funcionária do estabelecimento que, de modo nada sutil, forçou-o a se retirar sob o argumento de que sua presença causaria constrangimento às usuárias do local. Mencionou que entrou em uma loja do estabelecimento na tentativa de utilizar um banheiro que não fosse de uso comum e foi informado de que as lojas do shopping não possuem banheiros privativos. Afirmou que, impedido de utilizar o banheiro e estando demasiadamente nervoso, não conseguiu controlar suas necessidades fisiológicas e as fez nas suas próprias vestes, mesmo sob o olhar das pessoas que ali transitavam. Ressaltou, por fim, que, após passar por essa situação vexatória, teve ainda de fazer uso do transporte coletivo para voltar para sua casa. Requereu, diante desses fatos, a condenação da empresa ré ao pagamento de indenização por danos morais. (BRASIL, STF, 2015)

Consta das anotações do voto do Ministro relator a abordagem acerca da igualdade como ferramenta para o reconhecimento da identidade individual, trazendo

diferenciação entre igualdade formal e material. Segue trazendo significados concernentes aos termos sexo, gênero e orientação sexual, explicando quem são as pessoas transexuais definindo-as como indivíduos que se auto percebem com o sexo oposto ao do seu nascimento.

Além do mais, aborda a Dignidade como valor intrínseco e como autônoma, discorrendo sobre o princípio democrático e proteção às minorias. E por fim, afirma sob o regime da repercussão geral, a tese: “Os transexuais têm direito a serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiros de acesso público”. (BRASIL, STF, 2015)

Vale ressaltar que a PGR, Procuradoria-Geral da República, foi convidada a emitir parecer sobre o caso. Defendendo, de início, a Tese de Repercussão Geral – Tema 778:

Não é possível que uma pessoa seja tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual encontra proteção nos direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal (CF). (BRASIL, STF, 2015)

Apesar de ainda não ter sido finalizado o seu julgamento, a partir deste, muitas decisões já foram proferidas que concedem as pessoas transexuais o direito de frequentarem o banheiro público o qual se identificam.

11.2 CASAMENTO

Também há de se discutir sobre a possibilidade de a pessoa transexual contrair núpcias, uma vez que o reconhecimento da identidade de gênero com a consequente alteração do sexo traz consigo inúmeras repercussões jurídicas.

A legislação ainda não se pronunciou quanto a matéria, mas o Supremo Tribunal Federal, em 2011, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, já se pronunciou dando uma nova interpretação com caráter constitucional ao artigo 1.723 do Código Civil, que traz a entidade familiar como

"(...)a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". (BRASIL, 2002)

O STF deu interpretação extensiva ao dispositivo legal equiparando à união entre pessoas do mesmo sexo. Ou seja, a diferença de sexo no casamento deixa de ser requisito e a união homoafetiva passou a ser reconhecida como entidade familiar assim como qualquer outra. Salientando que sexo, identidade de gênero e orientação sexual são conceitos que não se confundem.

É digno de apreciação parte do voto do Ministro Celso de Melo na análise da questão:

Torna-se importante assinalar, por relevante, que a postulação ora em exame ajusta-se aos Princípios de Yogyakarta, que traduzem recomendações dirigidas aos Estados nacionais, fruto de conferência realizada, na Indonésia, em novembro de 2006, sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos. Essa Carta de Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero fez consignar, em seu texto, o Princípio nº 24, cujo teor assim dispõe: “DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros (BRASIL, 2011)

Em momento posterior, o Conselho Nacional de Justiça propôs a Resolução nº 175/2013 que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Buscando efetivar a decisão do Supremo Tribunal Federal, a Resolução reconheceu a legalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, ao tempo que resolve, em seu artigo 1º proibir que as autoridades competentes se recusem a habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

11.3 REFLEXOS PREVIDENCIÁRIOS E TRABALHISTAS

Após relativamente vencida a luta do reconhecimento da identidade de gênero e a alteração do

sexo e do nome no registro civil, elege-se importante discutir seus reflexos no âmbito jurídico trabalhista e previdenciário conjuntamente, uma vez que há normatividade brasileira que traz diferenças no tratamento em razão do gênero, em busca da igualdade material.

No campo previdenciário, as idades para fins de aposentadoria são diferentes entre o homem e a mulher, assim como a contribuição por tempo de serviço trabalhado em razão da dupla jornada vivenciada pelo gênero feminino. A jornada doméstica e o emprego remunerado.

Neste diapasão, segundo o estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica – IPEA, nº 35 de março de 2017:

Essas diferenças de idade e de tempo de contribuição entre homens e mulheres realizam um princípio de justiça cujo fundamento reside na existência das desigualdades de gênero que caracterizam de modo distinto a inserção de homens e mulheres no mundo social do trabalho, compreendido como o conjunto total dos trabalhos relativos à produção social (ligados ao mercado de trabalho e às atividades econômicas integradas à esfera da circulação de bens e serviços) e dos trabalhos relativos à reprodução social (ligados às tarefas de cuidados com membros da família e aos afazeres domésticos). (IPEA, 2017)

Dentro desta perspectiva, é imperioso discutir o tratamento diferenciado em razão do gênero na concessão da aposentadoria às pessoas transexuais. Porém não se verifica no ordenamento previdenciário brasileiro qualquer previsão acerca do tema e nem julgados específicos. Restando a necessidade da busca jurisdicional cercada de incertezas quanto a concessão da aposentadoria nestes casos.

A doutrina tem demonstrado interesse no debate do assunto defendendo a argumentação hermenêutica com aplicabilidade da Dignidade da Pessoa Humana. Considerando negar a aposentadoria conforme o gênero auto percebido pode violar o referido princípio. Nas palavras de Natália de Cassia Dantas “(...) o princípio da dignidade da pessoa humana obriga o intérprete, no exercício da sua função, aplicar norma mais favorável à proteção dos Direitos Humanos, bem como fazer uso da

interpretação que garanta uma maior proteção no processo hermenêutico.” (DANTAS, 2017)

O tema também foi debatido I Congresso Brasileiro do IBDFAM de Direito das Famílias e Direito Previdenciário, que ocorreu no ano de 2018. No evento que contou com a participação do Procurador Federal do Rio de Janeiro, Társis Nametala Sarlo Jorge, aborda que o transexual tem o direito à aposentadoria e que o problema consiste no cálculo da soma de idade ao tempo de contribuição com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Em momento, discorre:

É equânime que se contabilize o tempo e a idade de forma proporcional, do período em que aquele ser humano é considerado juridicamente homem e do período em que ele é considerado juridicamente mulher. Uma regra de três simples em que vai se chegar a uma quantidade de anos de contribuição”, diz. “Isso, a meu ver, protege o interesse da pessoa, garante os direitos fundamentais e não causa um eventual desequilíbrio financeiro da previdência social. (IBDFAM, 2018)

Devido a invisibilidade dada pelo Poder Legislativo e do Judiciário em decisão definitiva, nota-se que resta aos transexuais recorrerem ao judiciário para pleitear a concessão da aposentadoria em razão do seu gênero percebido.

12 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo tratou do reconhecimento da identidade de gênero e seus reflexos no mundo jurídico. Fazendo um apanhado sobre as relações sociais, julgou-se necessária trazer concepções diferenciadoras de sexo, enquanto distinção biológica entre macho e fêmea, gênero, como construção social, e orientação sexual, enquanto predileção afetiva e de desejos sexuais. Conceitos até então confundidos não só pela sociedade comum, mas os representantes do povo também demonstram e manifestam desconhecimento acerca destas diferenciações, seja proposital ou não.

A luta por visibilidade da Comunidade LGBTQIA + é histórica no país em que mais mata travestir e transexuais no mundo. Os movimentos sociais feministas e da comunidade LGBTQIA +, que surgiram em meados do século XX e que questionam a retratação padronizada do

que se espera do homem e da mulher, abordam as desigualdades sociais existentes em razão do gênero e da orientação sexual.

Constatou-se que em decorrência do Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana e dos Direitos de Personalidade, ambos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, não pode ser negado a pessoa transexual o direito ao reconhecimento de sua identidade de gênero com a consequente alteração do nome e do gênero no registro civil.

No entanto, é perceptível o quanto que o Legislativo Brasileiro tem se mantido inerte quanto a regulamentação da matéria. Seja por motivos morais, religiosos ou qualquer outra violência discriminatória que traz encravado negativas de direitos. Dentre os diversos projetos de leis apresentados que buscam promover a garantia apenas de direitos fundamentais através de promoção de políticas públicas à comunidade LGBTQIA+, nenhum destes foi tratado com prioridade. Alguns já arquivados e outros fazendo aniversário por tempo de tramitação.

Em especial, o Projeto de Lei João W. Nery, do deputado Jean Wyllys – PSOL/RJ e da deputada Erika Kokay – PT/DF que visa garantir o Reconhecimento da Identidade de Gênero no Registro Civil de Nascimento, trazendo a proposta de alterar o artigo 58 da Lei 6.015/1973 em que propõe a possibilidade de alteração do nome e do gênero no assentamento de nascimento, dentre outras garantias.

Nota-se que não há como garantir Preceitos Fundamentais, em especial o da Dignidade da Pessoa Humana, quando uma pessoa não tem o seu sexo e o seu nome do Registro Civil Público em consonância com o gênero autopercebido. A retificação do nome e do gênero no Registro Civil seria o mínimo de Política Pública de reconhecimento quanto a pessoa transexual. Mas o Poder Legislativo injustificavelmente se omite a tratar da matéria.

Em decorrência desta omissão legislativa, o Poder Judiciário tornou-se a única opção a recorrer que vem garantindo o mínimo de garantias. O Supremo Tribunal

Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275, ajuizada pela Procuradoria Geral da República, embasado na Dignidade Humana, aborda a possibilidade da alteração do nome e do gênero no Registro Civil independentemente da cirurgia de redesignação sexual. Posteriormente, o posicionamento do STF resultou na edição do Provimento nº 73 pelo Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a questão. Mas é sabido que a matéria necessita de regulamentação legislativa através de lei específica para a garantia dos direitos e garantias fundamentais concernentes aos direitos de personalidade das pessoas transexuais.

Como visto, verificou-se que há outros reflexos jurídicos oriundos do reconhecimento da identidade de gênero, além do registro civil público de nascimento. A utilização de banheiros públicos, questões atinentes ao casamento, relações trabalhistas e previdenciárias das pessoas transexuais, dentre outras. Constatou-se que o que estes reflexos têm em comum é que nunca receberam o devido relevo pelo poder legislativo. Alguns são matérias discutidas pelo Supremo Tribunal Federal, outras nem isso, a exemplo das questões trabalhistas e previdenciárias que atualmente são abordadas superficialmente apenas pela doutrina, sem existir, portanto, o enquadramento das pessoas transexuais na aposentadoria.

Contudo, conclui-se que não existem soluções jurídicas regulamentadas por lei para os reflexos partidos do reconhecimento da identidade de gênero. O que vem inviabilizando garantias constitucionais e abrindo espaços para a exclusão, discriminação, preconceitos, violências contra as pessoas transexuais, a comunidade LGBTQIA+ como num todo.

Vale ainda destacar que a responsabilidade destas negativas de direitos ancorada na inércia legislativa, por óbvio, reflete no Congresso Nacional. O legislador escusa-se da obrigação de tratar da matéria e se afunda na moral, religião ou qualquer outro fator segregador. Fato que resulta em milhares de mortes de travestir e transexuais no Brasil anualmente, fazendo com que o Brasil, na escala

mundial, esteja sempre no topo do ranking de morte deste público.

É preciso que se estabeleça no Brasil, em caráter de urgência, regulamentações de que tratem de Políticas Públicas de identidade, inserção social, combate à homofobia, dentre outras, que venham a reconhecer as pessoas transexuais como pessoas comuns. Dando-lhes as garantias constitucionais que visam a igualdade material quanto ao gênero autopercebido e demais questões, tirando as pessoas transexuais do campo da invisibilidade e aplicando-lhes a devida importância. A edição de Lei Federal poderá/deverá dilacerar a lástima que circundam pessoas que existem na sociedade, mas não são reconhecidas pelo direito.

Além do mais, é imprescindível que os operadores do direito abordem em suas discussões questões atinentes às pessoas marginalizadas a fim de garantir justiça e igualdade baluarte aos Preceitos Fundamentais. Vale lembrar que moramos em coletividade e é preciso que todos atuem para assegurar direitos. Afinal, a Dignidade da Pessoa Humana não segue padrões de gêneros, e é por esta razão que a diversidade deve ser sempre defendida.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Márcio Mucedula. **A construção das hierarquias sociais**: classe, raça, gênero e etnicidade. Cadernos de Pesquisa do CDHIS — n. 36/37 — ano 20 — p. 83-88 — 2007. Disponível em: <https://files.ufgd.edu.br/arquivos/arquivos/78/NEAB/AGUIAR-%20MARCIO.%20A%20construcao%20das%20hierarquias%20sociais%20classe-%20raca-%20genero%20e%20eticidade.pdf>

ARISTOTELES. **Ética a Nicômaco**: tradução de Mário Gomes Kury. 4ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

BARBIERI, T. de. **Sobre la categoría de género. Una introducción teórico metodológica**. In: AZEREDO, Sandra & STOLCKE, Verena (orgs.). Direitos Reprodutivos. São Paulo: PRODIR/Fundação Carlos Chagas, 1991.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995, p 164.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2.a ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense Universitária, 1995.

BRASIL, Ministério Público do Ceara. **O Ministério Público e a Igualdade de Direitos para LGBTI** : Conceitos e Legislação. 2. ed., rev. e atual. – Brasília : MPF, 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacaotematica/pfdc/midiateca/nossaspublicacoes/oministeriopublico-e-a-igualdade-de-direitos-para-lgbti-2017>. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. [Código Civil (2002)] **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. [DUDH (1948)]. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal**. Relator Min. Marco Aurélio. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/attachments/STF_ADI_4275_dfadd.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMM5JEA067SMCVA&Expires=1621364968&Signature=mpieGTsKYYUocC5haFRt1q2EYB8%3D. Acesso em: 18 mai de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Portal de Notícias**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>. Acesso em: 11 set de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845779. Transexual. Proibição de uso de banheiro feminino em shopping center. Alegada violação à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade. Presença de repercussão geral. Recorrente: André dos Santos Sialho. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Brasília, 19 de novembro de 2015. **Lex:** Jurisprudência do Supremo Tribunal federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4657292&numeroProcesso=845779&classeProcesso=RE&numeroTema=778>. Acesso em: 23 mar de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845779. Transexual. Proibição de uso de banheiro feminino em shopping center. Alegada violação à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade. Presença de repercussão geral. Recorrente: André dos Santos Sialho. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center Ltda. Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Brasília, 19 de novembro de 2015. **Lex:** Jurisprudência do Supremo Tribunal federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4657292&numeroProcesso=845779&classeProcesso=RE&numeroTema=778>. Acesso em: 23 mar de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Supremo reconhece união homoafetiva**. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em 15 de set de 2020.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003.
BUTLER, Judith. **Undoing gender**. New York: Routledge, 2004. 273p.
CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 5002/2013. **Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>. Acesso em: 10 set. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 5255/2016. **Acrescenta § 4º ao art. 54 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que "dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências" a fim de disciplinar o registro civil do recém-nascido sob o estado de intersexo**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084195>. Acesso em: 10 set. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 7292/2017. **Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o LGBTcídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o LGBTcídio no rol dos crimes hediondos**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2128135>. Acesso em: 10 set. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 7582/2014. **Define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e caput do art. 5º da Constituição Federal, e dá outras providências**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=616270>. Acesso em: 10 set. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 7702/2017. **Altera a Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para incluir na referida legislação os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2138861>. Acesso em 10 set. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 70/1995. **Acrescenta o art. 58-A ao texto da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências, criando a possibilidade das pessoas que possuem orientação de gênero travesti, masculino ou feminino, utilizarem ao lado do nome e prenome oficial, um nome social**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=386164>. Acesso em: 09 set. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 70/1995. **Dispõe sobre intervenções cirúrgicas que visem à alteração de sexo e dá outras providências**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15009>. Acesso em: 09 set. 2020.

CIRIBELLI, Marilda Corrêa. **Como elaborar uma dissertação de Mestrado através da pesquisa científica**. Marilda Ciribelli Corrêa, Rio de Janeiro: 7 Letras, 2003.

COHN, Gabriel. **Weber: sociologia**. São Paulo: Ática, 1997, p.30.

CONJUR, Consultor Jurídico. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, Distrito Federal. Voto do ministro Celso de Mello na ADI 4.277**. 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-celso-mello-uniao.pdf>. Acesso em: 15 set de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 73 do CNJ regulamenta a alteração de nome e sexo no Registro Civil**. 2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2623>. Acesso em: 13 de set de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 73 do CNJ regulamenta a alteração de nome e sexo no Registro Civil**. 2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2623>. Acesso em: 13 de set de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução Nº 175 de 14/05/2013**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 15 set. de 2020. Corpo. 1996.

DANTAS, Nathalia de Cássia C. **O transexual e o direito de receber as aposentadorias por idade e por tempo de contribuição de acordo com o gênero adotado**. Porto Velho, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil**. Vol. 1 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

EDUCA MAIS BRASIL. **Qual o significado da sigla LGBTQIA+? Entenda o significado de cada letra e a sua importância para o movimento**. Disponível em: <https://www.educamaisbrasil.com.br/educacao/dicas/qual-o-significado-da-sigla-lgbtqia>. Acesso em : 19 de abr. 2021.

ESPECTROMETRIA NÃO-BINÁRIA. Disponível em: <https://espectrometria-nao-binaria.tumblr.com/>. Acesso em: 18 de abr. 2021.

ESPECTROMETRIA NÃO-BINÁRIA. Disponível em: <https://espectrometria-nao-binaria.tumblr.com/post/98196461398/tabela-de-s%C3%ADmbolos-de-g%C3%AAneros>. Acesso em: 19 de abr. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**, volume I. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRUPO GAY DA BAHIA. **Relatórios anuais de mortes LGBTI+**. Disponível em: <https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>. Acesso em: 22 de abr. 2021.

IBDFAM, **A transexualidade e a questão das aposentadorias**. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/noticias/6711/A+transexualidade+e+a+quest%C3%A3o+das+aposentadorias>. Acesso em: 15 set. de 2020.

INSTITUTO HUMANISTA UNISINO. **Peru reconhece direitos de pessoas trans**, 2016. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/562333-peru>

reconhece-direitos-de-pessoas-trans. Acesso em: 02 de mai. 2021.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Previdência e Gênero**: Por que as idades de aposentadoria de homens e mulheres devem ser diferentes?. Brasília: Ipea, 2017. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7993/1/NT_Previd%C3%Aancia_2017.pdf. Acesso em: 15 set. de 2020.

IZQUIERDO, Maria de Jesus. **Bases materiais del sistema sexo/gênero**. São Paulo: SOF, 1992. Mimeografado.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidades de gênero**: conceitos termos. Guia prático sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião. 2ª ed. Brasília, 2012.

MUSSKOPF, André Sidnei. **Quando sexo, gênero e sexualidade se encontram**: Reflexões sobre as pesquisas de gênero e sua relação com a Teoria Queer a partir da teologia. Revista História da Unisinos. 20/12/2005. Volume 9. P 186.

MUSSKOPF, André Sidnei. **Quando sexo, gênero e sexualidade se encontram**: Reflexões sobre as pesquisas de gênero e sua relação com a Teoria Queer a partir da teologia. Revista História da Unisinos. 20/12/2005. Volume 9. P 186.

PINO, Nádia. **A teoria queer e os intersex**: experiências invisíveis de corpos des-feitos. Cadernos Pagu. Campinas. v. 28, 2007. p. 149-174.

PINTO FERREIRA, Luís. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 1983.p.770.

PORTAL SIGNIFICADOS. **Significado de Sexo**. Disponível em: <https://www.significados.com.br/?s=sexo>. Acesso em: 07 set. 2020.

RABELO, Letícia Almeida. **A TRANSEXUALIDADE E O DIREITO AO RECONHECIMENTO**: A alteração de registro civil de pessoa transexual sem cirurgia de redesignação sexual. 2017. 19f. Trabalho de Conclusão de Curso. (Bacharelado em Direito). Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2017. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 5 ed. São Paulo: Cortez, 1999, pág. 256.

SÃO PAULO. Governo do Estado. **Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. Coordenação de Políticas para a Diversidade Sexual. Diversidade sexual e cidadania LGBT**. 3ª ed. São Paulo: IMESP, 2018. p. 14-15.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil para a análise histórica**. Recife: SOS.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei 134/2018. **Institui o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero.**

Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132701>. Acesso em: 10 set. 2020.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei 291/2015. **Altera o Código Penal, para dispor que, no crime de injúria, se essa consistir na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem, gênero ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência a pena de reclusão será de um a três anos e multa.**

Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121288>. Acesso em: 10 set. 2020.

SILVA, Manuel Carlos. **Desigualdade e exclusão social: de breve revisitação a uma síntese**

proteórica. Configurações [Online], 5/6 | 2009, posto online no dia 15 fevereiro 2012. Disponível em:

<https://journals.openedition.org/configuracoes/132#cto1n3>. Acesso em: 18 abr. 2021.

UNIC, 2009. Disponível em:

<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**/Max Weber; trad. de Regis

Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; ver. técnica. de Gabriel Cohn, 4ª ed. 4ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015, página 16.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Defining sexual health.** Disponível em:

https://www.who.int/reproductivehealth/topics/sexual_health/sh_definitions/en/. Acesso em: 07 set. 2020.

Recebido em: 10 de março de 2021

Avaliado em: 20 de março de 2021

Aceito em: 27 de março de 2021

1 Especialista em Direito Público (Complexo Educacional Renato Saraiva); Especialista em Direito Notarial e Registral (Complexo Educacional Renato Saraiva).

E-mail: ivissonteixeira@hotmail.com

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DIANTE DE SENTENÇAS PENAS EQUIVOCADAS

CIVIL LIABILITY OF THE STATE IN THE FACE OF MISTAKEN CRIMINAL SENTENCES

Anne Karoline Oliveira Mota¹ Jaiza Sâmbara de Araújo Alves²

RESUMO: Este artigo tem o propósito de explorar a responsabilidade civil estatal no âmbito penal, com a finalidade de analisar como sentenças condenatórias equivocadas podem gerar o dever de indenização estatal e de que forma o Estado pode ser responsabilizado. Com o objetivo de embasar a investigação, foram realizadas pesquisas de caráter bibliográfico e jurisprudencial, no intuito de estabelecer um diálogo entre os ramos do Direito, como o Administrativo, Civil e Penal, buscando compreender a responsabilidade estatal diante de um erro judiciário no que concerne às sentenças penais condenatórias. Ademais, visando compreender um tema de complexidade, foram utilizados casos concretos que mencionam histórias referentes às injustas condenações no Brasil, destacando situações que ocorreram em décadas passadas, bem como na atualidade. Além disso, fora versado sobre a morosidade da justiça na concessão das indenizações cabíveis, de modo que, a pessoa já inocentada na esfera penal, deverá comprovar novamente, através de um novo processo judicial, que não é culpada e assim, ter direito a uma indenização. Inevitavelmente surgirão questionamentos quanto à confiança no Estado, mas a intenção deste artigo não é de manchar a imagem da segurança pública, nem tampouco influenciar o leitor a desacreditar completamente na seriedade da justiça brasileira; a intenção aqui, cumpre-se destacar, é única e exclusiva em levantar a questão da injusta condenação, que diga-se de passagem é pouco questionada na sociedade, embora seja um fato corriqueiro no âmbito jurisdicional. O objetivo é de dar maior visibilidade a ocorrência dessas falhas processuais cruéis, para despertar um novo olhar sobre o sistema judiciário, de modo que gere indagação frente a esse problema e com isso se torne possível a existência de soluções palpáveis e não apenas soluções abstratas.

Palavras-chave: Responsabilidade Estatal. Erro Judiciário. Indenização. Morosidade do Judiciário.

ABSTRACT: The purpose of this article is to explore state civil liability in the criminal sphere, so that it will be explored what external influences lead the State to make so many mistakes in penal processes, and how it is held responsible. In order to support the investigation, researches of bibliographic and jurisprudential character were carried out, in order to establish a dialogue between the branches of Law, such as Administrative, Civil and Criminal, seeking to understand state responsibility in the face of a judicial error with regard to convicting criminal sentences. In order to understand a topic of complexity, concrete cases were used that mention stories referring to unjust condemnations in Brazil, highlighting situations that occurred in previous decades, as well as today. In addition, he had been versed on the slowness of justice in granting the appropriate indemnities, so that, the person already acquitted in the criminal sphere, must prove again, through a new judicial process, that he is not guilty and thus, be entitled to a indemnity. Inevitably, questions about trust in the State will arise, but the intention of this article is not to tarnish the image of public security, nor to influence the reader to completely discredit the seriousness of Brazilian justice. The intention here, it should be noted, is unique and exclusive in raising the question of unjust condemnation, let it be said in passing is little questioned in society, although it is a common fact in the jurisdictional scope. The objective is to give more visibility to the occurrence of these cruel procedural failures, to awaken a new look at the judicial system, so that it generates inquiries in the face of this problem and with that it becomes possible the existence of tangible solutions not only abstract solutions.

Keywords: State Responsibility. Judicial Error. Indemnity. Delays in the Judiciary.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado abordada neste artigo, em suma trata-se da obrigação estatal, que nasce em decorrência de falhas processuais criminais, em que o

inocente tem a garantia amparada na Constituição Federal de ser ressarcido em danos morais por ter sido submetido à privação de liberdade de forma ilegal.

Assim, para a consecução do trabalho, inicialmente foi feita uma análise histórica, explorando a época em que o Estado sequer era questionado pelos seus erros, pois, no período absolutista, a soberania estatal era indiscutível, sendo que a vontade do soberano prevalecia sem qualquer discordância. No entanto, esse período já foi inteiramente superado, e com isso a maneira estatal de se comportar frente à sua responsabilidade com relação a condutas praticadas por seus agentes sofreu alterações ao longo dos tempos, até chegar ao então Estado de Direito, que é o que prevalece atualmente.

A princípio a responsabilidade do Estado surgiu na esfera administrativa, no instante em que um agente estatal causou um dano irreparável, na França, que foi a morte de uma criança provocada por um acidente de carro. Assim, o seu pai ingressou com uma ação contra o Estado e conseguiu comprovar a responsabilidade advinda de um agente estatal (DI PIETRO, 2015).

Posteriormente outros marcos aconteceram e o Estado passou a ser responsabilizado em outras esferas processuais, como por exemplo a responsabilidade civil decorrente de erro numa sentença penal condenatória, em que o Estado apenas será responsabilizado civilmente, pois sendo ele um ente abstrato, não há como responsabilizá-lo criminalmente.

A questão principal deste artigo é buscar elementos que possam elucidar os erros cometidos pelo Estado ao julgar injustamente em processos penais que acarretam em condenações de inocentes, de maneira que foram exemplificadas algumas das causas que contribuem para tantos equívocos judiciais.

O questionamento levantado no presente artigo versa sobre como pessoas inocentes podem se tornar alvo do sistema judiciário se não há qualquer tipo de ligação entre elas e a autoria do fato criminoso. Um dos obstáculos frente ao problema que será apresentado, nas sessões do desenvolvimento, se deve a fatores externos ao processo os quais influenciam diretamente para que ocorram falhas nas ações penais, de modo que o Estado muitas vezes é induzido ao erro.

A metodologia utilizada nesse artigo foi a qualitativa, pois o embasamento foi feito por meio de jurisprudência, doutrinas e artigos científicos, embora seja escassa a literatura sobre o assunto, e quando apresentado, sua abordagem ocorre em parágrafos esparsos ou mesmo em algumas poucas páginas. Sendo assim, é importante que seja discutida e aprofundada essa questão da injusta condenação no âmbito penal, embora pouco se tenha debatido na doutrina jurídica.

É viável a exploração desse tema, pois a ocorrência de iniquidades processuais existe desde quando surgiu o Estado. Na verdade acusações equivocadas ocorrem na humanidade antes mesmo de existir a força estatal, de modo a ser pertinente tratar deste conteúdo, de modo a estimular os leitores a buscarem respostas para essa problemática, impulsionando o debate e a discussão na sociedade.

Pretende-se dar maior visibilidade à ocorrência dessas falhas processuais, para despertar um novo olhar sobre o sistema judiciário, de modo que se torne possível a existência de soluções palpáveis, e não apenas abstratas.

É de extrema importância a discussão apresentada neste artigo, tendo em vista que o Direito brasileiro está sempre em constante mudança, e sendo ele mutável, é preciso que esteja lado a lado com os anseios sociais para que se atenda de forma eficaz e justa as necessidades da sociedade, de acordo com o cenário em que o Direito atua.

Sendo assim, o objeto de estudo aqui abordado é necessário, do ponto de vista jurídico, para que haja uma maior repercussão a partir dos leitores e conseqüentemente alcance outros cidadãos, impulsionando a coletividade. Desta forma, podem ser cobradas medidas mais severas por parte do Estado com a finalidade de coibir tais sentenças penais condenatórias injustas; porém, caso elas ocorram, é necessário que o Estado seja mais eficaz em indenizar o inocente que sofreu com a perda da sua liberdade e do que mais venha a ser afetado em sua vida através dessa perda.

2 CONTEXTO HISTÓRICO ANTERIOR À RESPONSABILIDADE ESTATAL

O assunto tratado neste artigo, apesar de polêmico, não é atual. É possível afirmar que injustiças estatais acontecem desde quando surgiu o Estado, ou melhor, o erro causado pelo homem ao acusar um inocente, expondo-o ao sofrimento, - muitas vezes sem nenhuma fundamentação lógica -, ocorre desde que o mundo é mundo.

Acontece que o Estado nem sempre foi responsabilizado pelos erros cometidos por seus agentes, pois houve uma época em que a soberania estatal era inquestionável, e sendo ele a autoridade máxima, não havia que se falar em responsabilidade, seja ela no âmbito administrativo, civilista ou mesmo penal. Na verdade, o Estado passou por algumas modificações até chegar ao então Estado de Direito. De acordo com Dias no período absolutista, pensar em imputar qualquer responsabilidade ao Estado era como se fosse um atentado à sua soberania:

Durante séculos, prevaleceu a teoria da irresponsabilidade do Estado, também conhecida como teoria feudal, regalista ou regaliana (de *regalis*, e , adjetivo de *res*, *regis*, rei), informada pela concepção político-teocrática de soberania, segundo a qual o poder do monarca ou soberano teria origem divina. Em consequência, impossível que o detentor desse poder, ao exercitá-lo pudesse causar dano a alguém (DIAS, 2004, p. 22).

Ressalte-se que, durante esse período, não havia qualquer responsabilidade atribuída ao Estado, sendo que, para Di Pietro (2015, p. 787), daí decorrem os princípios de que “o rei não pode errar” (*the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire*) e o de que “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei” (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Entretanto, apesar dessa teoria ter vigorado por bastante tempo, e sendo esta incompatível com a justiça, posteriormente foi substituída pela teoria do Estado de Direito, segundo a qual “sendo o Estado pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações não pode este deixar de responder a possíveis danos que vier a causar a terceiros, seja decorrente da sua ação ou mesmo omissão” (DI PIETRO, 2015, p.787).

É válido ressaltar que o Brasil não adotou a teoria da irresponsabilidade, e apesar dos Estados absolutistas

terem-na adotado por bastante tempo, esta já foi inteiramente superada. Destaca-se que os Estados Unidos e a Inglaterra foram os últimos países a abandoná-la nos anos de 1946 e 1947, respectivamente (GASPARINI, 2012, p.1126).

Feita esta primeira análise, e transitando para uma transformação no direito, é fundamental que seja mencionado que foi na França, no século XIX, o primeiro momento em que foi imputada responsabilidade ao Estado, senão vejamos:

O primeiro passo no sentido da elaboração de teorias de responsabilidade do Estado segundo princípios do direito público foi dado pela jurisprudência francesa, com o famoso caso Blanco, ocorrido em 1873: a menina Agnes Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por um vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes (DI PIETRO, 2015, p. 788).

A partir daí, o Código Civil Francês marcou o início da teoria civilista da culpa aplicada na responsabilização do Estado, substituindo a teoria dos atos de gestão. Desde então, o dano causado pelo Estado poderia ser imputado pela vítima, a fim de que fosse determinada sua responsabilidade. Contudo, seria necessário provar a culpa do funcionário do agente ou até mesmo do representante da pessoa jurídica de direito público (DIAS, 2004, p.27).

2.1 Teorias Publicistas

Assim, para Di Pietro (2015, p. 788), “daí em diante começaram a surgir as teorias da responsabilidade do Estado: a teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa, a teoria do risco administrativo, a teoria do risco integral”, cuja distinção será feita a seguir:

Teoria do risco integral entende-se a que obriga o Estado a indenizar todo e qualquer dano, desde que envolvido no respectivo evento. Não se indaga, portanto, a respeito da culpa da vítima na produção do evento danoso, nem se permite qualquer prova visando elidir essa responsabilidade. Basta, para caracterizar a obrigação de indenizar, o simples envolvimento do Estado no evento. Assim, ter-se-ia de indenizar a família da vítima de alguém que, desejando suicidar-se, viesse a se atirar sob as rodas de um veículo, coletor de lixo, de propriedade da Administração Pública, ou se atirasse de um prédio sobre

uma via pública. Nos dois exemplos, por essa teoria, o Estado, que foi simplesmente envolvido no evento por ser o proprietário do caminhão coletor de lixo e da via pública, teria de indenizar. Em ambos os casos os danos não foram causados por agentes do Estado. As vítimas os procurou, e o Estado, mesmo assim teve de indenizar. Essa teoria, por ser injusta (RT, 589:197, 738:394), não recebeu maiores cuidados da doutrina nem é adotada por qualquer país (GASPARINI, 2012, p. 1128).

A questão principal é que a palavra responsabilidade direciona a ideia de resposta, ou seja, implica uma situação de que alguém será o responsável e responderá em razão de um fato anterior. Embora seja importante frisar que o Estado é abstrato, ele é representado por seus agentes, ou seja, pessoas físicas, e através das condutas desses agentes é que será imputado ao Estado a responsabilidade, até mesmo porque o Estado por si só não pode causar danos a ninguém (CARVALHO FILHO, 2015 p. 572).

Ocorre que nem sempre é possível identificar qual agente foi o causador do dano à vítima. Com isso, a teoria da culpa administrativa que foi consagrada pela clássica doutrina de Paul Duez, afirma que a pessoa lesada não precisa identificar quem foi o agente estatal, basta que comprove o mau funcionamento do serviço público, ainda que seja impossível apontar qual foi o agente causador do dano (CARVALHO FILHO, 2015, p.573).

Já a teoria da culpa do serviço, “também chamada de culpa administrativa, ou teoria do acidente administrativo, procura desvincular a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do funcionário. Passou a falar em culpa do serviço público” (DI PIETRO, 2015, p. 789). Ressalte-se que a teoria que tem vigorado no cenário atual brasileiro é a do risco administrativo, também chamada de teoria objetiva, de acordo com a CRFB/88 em seu art. 37, §6º.

Art. 37, §6º, da CF: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável em casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Desta forma, essa teoria admite três hipóteses que excluem o dever de indenizar: culpa exclusiva da vítima, força maior e culpa de terceiros (MAZZA, 2020, s/p).

Acontece que o Estado tem o dever de indenizar quando, através dos seus agentes estatais, lesionar direitos ou causar danos a terceiros. No entanto, de acordo com a teoria do risco administrativo, nem sempre a culpa é totalmente advinda do funcionário público, sendo assim, quando ocorre esse tipo de situação, o Estado se exime de indenizar a vítima. Senão vejamos:

A teoria da responsabilidade objetiva excepciona o Estado do dever de indenizar pelos danos causados a terceiros, quando a vítima concorrer com culpa ou com dolo para o evento danoso. Exemplo: o atropelamento por uma viatura oficial, em princípio, gera ao Estado o dever de indenizar a vítima, mesmo que o motorista não tenha tido culpa. Mas se a vítima concorreu para o evento, jogando-se na frente do veículo, o Estado se exime do ônus indenizatório (FARIA, 2007, p. 628).

Ressalte-se que também há casos em que a culpa é exclusiva da vítima, causa considerada excludente de responsabilidade do Estado, o qual é isentado do dever de indenizar, mesmo porque não faria sentido que o Estado se responsabilizasse por um dano a que ele não concorreu. Ademais, no caso da culpa exclusiva da vítima, o causador do dano, que é o agente público, é apenas um mero instrumento do acidente, não havendo nexo de causalidade entre a sua conduta e o prejuízo da vítima. Segundo Oliveira (2013), a culpa exclusiva da vítima poderia estar presente no seguinte caso:

Vítima que joga-se em frente a um carro no meio da estrada e o motorista não vinha em alta velocidade, mas mesmo assim veio a causar um dano, mesmo não tendo agido de forma que provocasse o acidente. Nesse caso, a culpa exclusiva da vítima, ao afastar o nexo causal, exclui a responsabilidade civil do motorista (OLIVEIRA, 2013).

Assim, a culpa exclusiva da vítima isenta o Estado da responsabilidade. Da mesma forma, o caso fortuito ou força maior constituem hipóteses que desobrigam o Estado a indenizar qualquer que seja a vítima, isso porque não há como responsabilizar o Estado por algo que está fora do seu controle, como por exemplo, a força da natureza. Senão vejamos:

Só se pode admitir a exclusão da responsabilidade, se o caso fortuito ou a força maior excluírem a própria autoria, ficando provado que o dano ocorreria de qualquer maneira. Imaginemos o seguinte exemplo: a Prefeitura de certo Município está realizando obras em uma rua. Cai um temporal, e o muro de uma casa vem ao chão. O dono da casa atribui a queda do muro às obras da Prefeitura e aciona o Município pelos atos de seus funcionários. Se o Município conseguir provar que a queda do muro nada

teve a ver com sua atividade, tendo sido causada exclusivamente pelo temporal, será eximida de responsabilidade por ter sido comprovada a ausência de nexo entre a autoria e dano (FIUZA, 2008, p. 729).

Resta comprovado diante de todas as situações supracitadas, que o Estado é responsabilizado por atos cometidos pelos seus agentes, porém, desde que se comprove que o prejuízo está ligado às atividades estatais. Pois, se restar comprovado que a situação ocorreria de igual modo, causada por um caso fortuito ou força maior, ou mesmo no caso da culpa exclusiva da vítima, o Estado é desobrigado a responder por tais ações, pois não há um nexo causal entre os atos dos seus agentes e tais acontecimentos.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO PENAL

A partir dessa evolução histórica é que o cenário jurídico atual brasileiro será dissertado, e ainda que seja um pouco lógico afirmar que nos dias de hoje a situação seja completamente diferente ao período absolutista anteriormente mencionado, é válido que inicialmente seja esclarecido o que de fato se trata a Responsabilidade Civil do Estado. Segundo Justen Filho:

A responsabilidade civil do Estado se traduz no dever de executar prestações destinadas a compensar danos. A manifestação mais usual desse dever consiste no pagamento de quantia certa em dinheiro, a título de indenização por perdas e danos. No entanto, admite-se que, em muitos casos, o pagamento de uma importância em dinheiro não é a solução apropriada para compensar os danos. (...) Assim, por exemplo, o sujeito que sofreu dano moral derivado da indevida imputação de prática de ilicitude pode ser compensado mediante a publicação de notícia sobre a sua inocência na imprensa, custeada pelos cofres públicos (JUSTEN FILHO, 2015, p. 1384).

É imperioso destacar que no âmbito penal, deve haver bastante cuidado ao analisar as hipóteses em que são cabíveis imputar a responsabilidade ao Estado com a finalidade de indenizar a vítima, pois o Juiz é um representante da figura Estatal, mas, ele não é um agente público, e sendo ele parte de um órgão independente, é necessário que haja autonomia para decidir sobre quaisquer casos concretos que lhe couber proferir a sentença (GASPARINI, 2012, p.1132). No entanto, sabe-se

que o Juiz ainda que tenha as prerrogativas anteriormente mencionadas, também é um ser humano, ou seja, suscetível a errar como qualquer outra pessoa. O problema é que o erro judicial, condenando um inocente, pode causar prejuízos irremediáveis a este.

Em princípio o Estado não responde por prejuízos decorrentes de sentença (o Poder Judiciário é soberano; os juízes devem agir com independência e sem qualquer preocupação quanto a seus atos ensejarem responsabilidade do Estado; o magistrado não é servidor público; a indenização quebraria o princípio da imutabilidade da coisa julgada) ou de lei (o Poder Legislativo é soberano; edita normas gerais e abstratas e os gravames que impõem são iguais para todos, não podendo ser havidos como prejuízos; os administrados não podem responsabilizar o Estado por atos dos parlamentares que elegem), salvo se expressamente imposta tal obrigação por lei ou se oriunda de culpa manifesta no desempenho das funções de julgar e legislar (GASPARINI, 2012, p. 1132).

Em regra, o Estado é responsabilizado quando condena e posteriormente absolve um inocente, mas, é necessário abrir um parêntese para que seja esclarecido o que de fato é um inocente no âmbito jurídico. O inocente, o qual está sendo exposto e defendido neste artigo, é aquele indivíduo completamente alheio ao fato criminoso, ou seja, o agente que não cometeu o delito e que tampouco participou diretamente dele. É sabido que há uma indenização para quem teve seus direitos violados, conforme dispõe a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXXV: "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença" (BRASIL, 1988), mas o valor estipulado varia de acordo com o caso concreto.

No entanto, infelizmente, nem sempre isso acontece na prática, e quando ocorre, o valor indenizatório estabelecido não é exatamente de acordo com o esperado, ou melhor, não condiz com os danos que foram causados ao inocente. Mas a verdade é que se for parar para analisar, o dinheiro não é a maior solução desse problema, nem tampouco é capaz de apagar as marcas de uma injusta condenação que são deixadas pela vida inteira. Entretanto, mesmo que esse não seja o melhor remédio, o fato é que o Estado tem que ser responsabilizado de uma forma ou de outra, pois, sendo ele o causador do prejuízo, é ele quem terá que arcar certamente com os reparos.

3.1 Influências externas

Ressalta-se que muitas vezes o sistema judiciário diante de determinadas situações em que a sociedade clama por justiça, posto que a pressão social busca uma resposta ágil, infelizmente pode levar o Estado a cometer erros, dos quais muitas vezes são gravíssimos, e que a depender do caso concreto acarreta em prejuízos irreparáveis.

Ocorre que, a comoção social em prol de justiça, por vezes pode influenciar na resposta estatal diante de determinado caso, e é aí que mora o perigo, pois muitas vezes a sociedade gera repercussão sobre um caso concreto baseado nos meios de comunicação, ou seja, a mídia tem um poder de persuasão sobre quem a acompanha, como também um poder de manipular as informações sobre tal fato criminoso, e o sensacionalismo que muitos jornais e programas televisivos transmitem para o telespectador por vezes pode transformar um inocente em um criminoso.

O fato é que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, como consta no art. 5º, LVII da Constituição Federal. No entanto, em tempos de disputa por lucratividade e audiência, a mídia tem sido levada a se envolver na investigação de casos criminais, de modo que, sendo a imprensa uma formadora de opinião, através das suas análises e conclusões, muitas vezes precipitadas, induz o público a “condenar” determinado indivíduo antes mesmo que o processo chegue a um veredicto, o que consequentemente fere o princípio da presunção de inocência.

Assim, a imprensa torna um crime numa grande repercussão pública, de modo que gera julgamento e condenação antecipadamente de um indivíduo que além de estar tendo expostas a sua imagem e a sua vida, pode ser cruelmente prejudicado no futuro ao retornar à sociedade, e o prejuízo é ainda maior quando esse indivíduo se trata de um inocente.

O problema é que o Estado por “sofrer” constantemente essa pressão social, em busca de uma resposta ágil e um processo célere, muitas vezes é induzido ao erro, de modo que casos criminais ocorrem corriqueiramente, audiências penalistas estão no dia a dia dos juízes, e com isso o hábito de lidar com casos análogos pode influenciar diretamente na decisão de um caso concreto. A questão é que, nem sempre aquele que parece ser culpado, é realmente de fato.

Sendo assim, é de se converter a assertiva do título supra a um questionamento. Condenar um inocente ou absolver um culpado? Nenhuma das hipóteses. Como dito, qualquer das duas converte o julgamento numa injustiça. Porém, no caso concreto em que a sociedade exige resposta e o (s) magistrado (s) – de direito ou de fato – são compelidos a dá-la, a resposta evidente é pela liberdade, sempre. Enjaular um inocente por um resquício de dúvida processual (imaginando-o ser culpado) é tão grave quanto libertar um culpado no idêntico critério da dúvida processual. O culpado que esteja livre entre a sociedade; que pague o crime de outra maneira. Mas o inocente, esse nunca esteja encarcerado (SOUZA, 2018).

Diante do raciocínio de Souza, e fazendo uma analogia ao ditado popular “há dois pesos e duas medidas”, é notório que com base nessa linha de pensamento entre escolher um culpado livre e um inocente condenado, seria menos injusto absolver um culpado, no idêntico critério da dúvida processual. No entanto, é necessário aclarar que não é que seja um ato aprovável libertar um culpado por um resquício de dúvida processual, mas certamente é uma ação menos gravosa do que encarcerar um inocente alheio ao fato criminoso.

4 SENTENÇAS EQUIVOCADAS

É perceptível o quão perigoso é imputar a alguém a autoria de um crime, pelo simples motivo de que o ser humano é suscetível a erro. Dessa forma, acusar alguém, por um crime que não cometeu, baseado, por exemplo, em possíveis características de um delinquente ou possíveis motivos que podem levar alguém a tirar a vida de outra pessoa, pode gerar a grande probabilidade de que uma injustiça seja cometida.

Um importante caso para ser citado de uma sentença equivocada, foi a dos irmãos Joaquim e Sebastião Naves,

comerciantes que viviam na cidade de Araguari, Minas Gerais. Em 1937 foram encarcerados e acusados de roubar e matar o seu primo Benedito Pereira Caetano. Após serem absolvidos duas vezes pelo Tribunal do Júri, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou a decisão e os sentenciou baseado em possíveis razões de um provável crime. Tal fato teve repercussão nacional, na época do ocorrido, pois, os irmãos foram acusados e condenados por um homicídio que sequer existiu.

Em 1937, eles foram presos sob a acusação de ter matado o sócio e primo Benedito Pereira Caetano, que desapareceu, sem deixar rastro, levando 90 contos de réis, hoje o equivalente a 270 mil reais. O Delegado chegou à conclusão de que os irmãos mataram o primo para ficar com o dinheiro. A polícia torturou até familiares para descobrir o esconderijo do dinheiro, conseguindo dessa forma a confissão dos presos que, levados a júri, foram absolvidos; a acusação não se conteve e recorreu; os jurados mantiveram a absolvição. Como na época o júri não tinha soberania, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou a decisão e condenou Joaquim e Sebastião a 16 anos e seis meses de reclusão. Oito anos depois tiveram livramento condicional; Joaquim pouco depois morreu como indigente e Sebastião encontrou o primo vivo em julho de 1952, constatando assim a inexistência do homicídio, o acerto dos jurados com a decisão de absolvição e o grande erro do Tribunal. A descoberta provocou ação de revisão criminal que concluiu por inocentar os irmãos, em 1953, e em 1960, o Judiciário concedeu indenização aos herdeiros (RODRIGUES, 2017).

Com o episódio dos Irmãos Naves resta claro e evidente que as falhas processuais ocorrem - no Brasil - já há bastante tempo, inclusive, antes mesmo da existência do Código Penal brasileiro de 1940. Notadamente as brechas da lei, na época do acontecimento, tornaram um fato inexistente em um crime imaginário, tendo em vista que os réus foram absolvidos duas vezes pelo Tribunal do Júri, mas o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que já estava convencido do contrário, reformou a decisão baseado numa insatisfação no veredicto processual e condenou dois inocentes.

Mas, para tornar o assunto ainda mais indignante, é imprescindível mencionar o caso do erro judiciário, que foi considerado, tanto pela população, quanto pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, como o mais grave atentado à violência humana vista até hoje no Brasil. Vejamos um breve trecho dessa história:

Por unanimidade, os ministros da 1ª Turma do STJ reconheceram a extrema crueldade a que o cidadão foi

submetido pelas instituições públicas. “É o caso mais grave que já vi”, indignou-se a ministra Denise Arruda. “Mostra simplesmente uma falha generalizada do Poder Executivo, do Ministério Público e do Poder Judiciário.” Para a ministra, Marcos perdeu a capacidade de se movimentar, de ser autônomo. “Aqui não se trata de generosidade”, disse. “Aqui se trata de um brasileiro que vai sobreviver não se sabe como.” (CONJUR, 2006)

O caso supracitado trata de Marcos Mariano, pernambucano, “que foi preso em 1976 porque tinha o mesmo nome de um homem que cometeu um homicídio – o verdadeiro culpado só apareceu seis anos depois”. (G1, 2011). Posteriormente ele conseguiu sua liberdade, mas três anos depois desse fato, em 1985, Marcos foi vítima, mais uma vez, do Sistema Judiciário Brasileiro. Após ser parado numa blitz, quando dirigia um caminhão, ele foi abordado por um policial que o reconheceu, e acreditando tratar-se de um foragido da polícia, Marcos foi conduzido à presença de um juiz, que ao analisar a causa, o encaminhou para a prisão por violação de liberdade condicional, sem ao menos consultar o processo (G1, 2011). Com isso ele ficou encarcerado até 1998, totalizando quase 13 anos de prisão em regime fechado.

Nos 13 anos em que passou preso, além da tuberculose e cegueira, Marcos foi abandonado pela primeira mulher. A liberdade definitiva só veio durante um mutirão judiciário. O julgamento em primeiro grau demorou quase seis anos. O Tribunal de Justiça de Pernambuco determinou que o governo deveria pagar R\$ 2 milhões. O governo recorreu da decisão, mas se propôs a pagar uma pensão vitalícia de R\$ 1.200 ao homem. O caso chegou ao STJ em 2006. (G1, 2011).

Marcos foi encarcerado pela segunda vez por motivos desconhecidos, tendo em vista, que ele já tinha sido absolvido da primeira sentença que fixou a pena que lhe foi imputada injustamente. Posto que, ao ser detido na blitz, posteriormente retornou à penitenciária, após a decretação da sua prisão de forma ilegal por um juiz, sem qualquer fundamentação lógica para tal ato. Assim, o sentimento de indignação dessa falha cruel reverberou não somente na sociedade, mas também no próprio Judiciário, segundo as palavras do falecido ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavaschi: “Esse homem morreu e assistiu à sua morte no cárcere”, afirmou o ministro. “O pior é que não teve período de luto” (CONJUR, 2006).

Ocorre que, como consequência da prisão ilegal, Marcos teve a sua vida interrompida, já que fora abandonado por sua primeira esposa, perdeu o contato com os seus 11 filhos e ainda não teve o direito de continuar exercendo a sua profissão, de modo que o erro judiciário lhe custou a dignidade, a saúde, e a sua família. Vejamos um trecho da ementa do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE ATOS PRATICADOS PELO PODER JUDICIÁRIO. MANUTENÇÃO DE CIDADÃO EM CÁRCERE POR APROXIMADAMENTE TREZE ANOS (DE 27/09/1985 A 25/08/1998) À MINGUA DE CONDENÇÃO EM PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE OU PROCEDIMENTO CRIMINAL, QUE JUSTIFICASSE O DETIMENTO EM CADEIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO. ATENTADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. Ação de indenização ajuizada em face do Estado, objetivando o recebimento de indenização por danos materiais e morais decorrentes da ilegal manutenção do autor em cárcere por quase 13 (treze) anos ininterruptos, de 27/09/1985 a 25/08/1998, em cadeia do Sistema Penitenciário Estadual, onde contraiu doença pulmonar grave (tuberculose), além de ter perdido a visão dos dois olhos durante uma rebelião. 2. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico, expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideal de construção de uma sociedade justa e solidária. 3. Conseqüentemente, a vida humana passou a ser o centro de gravidade do ordenamento jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial. (STJ, 2006)

O recurso especial interposto pelo Estado de Pernambuco foi negado pelo Superior Tribunal de Justiça, que determinou indenização num valor, consideravelmente avantajado, para que o ex-mecânico pudesse dar início a uma nova vida, mas infelizmente não houve tempo para que essa nova chance se tornasse real, pois, no dia em que teve conhecimento da decisão judicial que lhe concedeu a vitória no processo contra o Estado e que seria indenizado em 2 milhões de reais, tragicamente, Marcos Mariano veio a óbito.

O processo de indenização se arrastou por mais de dez anos, e, embora o STJ tenha concedido vultosa indenização

– cerca de dois milhões de reais, entre danos morais e materiais –, o ex-mecânico, cego e tuberculoso, morreu justamente no dia em que soube que ela seria liberada. A ficção, às vezes, perde para a vida em ironia (BRAGA NETTO, 2019).

A história supracitada do ex-mecânico, pernambucano, é triste em todo o seu decurso, mas, é mais ainda doloroso o desfecho que se dá. Pois, não obstante que ele tenha sido injustamente condenado por uma vez, é difícil acreditar que, novamente ele tenha sido condenado de forma injusta, demonstrando que, no que se trata da Justiça brasileira, é possível que um raio venha a cair outra vez no mesmo lugar.

Um fator imprescindível de ser citado com relação a injustas condenações, é o famoso ditado: “estar no lugar errado na hora errada”, sendo que tal situação pode figurar como uma das causas que expõem um inocente a ser processado criminalmente e possivelmente vir a ser condenado por um crime alheio a ele, em que não teve nenhum tipo de participação. Contudo, diante da instauração de um processo penal, o Estado dará a oportunidade de que se prove o contrário do que está sendo acusado, como consta no art. 5º LIV, da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

O problema é que muitas vezes essas pessoas que são intituladas como suspeitas, não possuem condições financeiras para contratar um advogado, e caso as possua, não conseguem êxito em uma boa defesa acusatória, algo que gera a possibilidade de serem trancadas numa penitenciária, cumprindo uma pena por um crime que não cometeram. Foi exatamente o que aconteceu com Heberon de Oliveira, que foi preso como acusado pelo estupro de uma menina de nove anos de idade, em Manaus, capital do Estado do Amazonas, de modo que ele ficou encarcerado por dois anos e sete meses até ser inocentado.

O estupro tinha sido reportado à polícia no dia 8 de setembro, mas Heberon foi detido, sem mandado judicial, no dia 5 de novembro, quase dois meses depois. Sua prisão preventiva só foi expedida no dia 6 de novembro. Heberon ficou um dia preso sem qualquer autorização da Justiça (PRAZERES, 2017).

Acontece que o acusado era inocente, mas somente conseguiu provar que não tinha nenhuma relação com o crime depois de dois anos e sete meses que estava encarcerado. Ocorre que durante este tempo, ele sofreu inúmeros estupros, e em consequência, adquiriu HIV (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida). Ademais, sua esposa decidiu separar-se dele e ainda foi privado de conviver com os filhos, o que fragilizou ainda mais o acusado, o que lhe fez desenvolver o quadro de depressão. A sua situação somente veio a melhorar quando uma representante da Defensoria Pública do Estado do Amazonas passou a analisar o seu processo e detectou gravíssimas incoerências, fazendo assim com que Heberson fosse, finalmente, absolvido. Uma das informações que notoriamente determinava a inocência do acusado era que no depoimento da vítima, as características do verdadeiro culpado não condiziam em nada com as de Heberson:

Ela dizia que o estupro era moreno claro, tinha os cabelos enrolados, a arcada dentária saliente e que ele não tinha os dentes caninos. Ela repetiu isso na Justiça, também. Se você visse o Heberson, estava claro que não era ele que ela estava descrevendo (PRAZERES, 2017).

Neste caso, era perceptível que nem mesmo os indícios apontavam que ele era o autor do estupro, e mesmo assim foi condenado por um crime que ele sequer estava presente no momento do fato delituoso. Assim, o Estado do Amazonas fora condenado a indenizar Heberson em virtude do erro judiciário. Contudo, o Estado recorreu da sentença, sendo que no ano de 2018, o STJ não reconheceu o recurso especial do Estado do Amazonas, conforme notícia veiculada pelo portal G1 abaixo transcrita:

A 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não reconheceu o recurso do Governo do Amazonas no caso de Heberson Lima de Oliveira, absolvido de uma acusação de estupro em 2003. O julgamento ocorreu na tarde desta terça-feira (26) em Brasília. O Governo recorria da decisão de pagar R\$ 135 mil em indenização a Heberson, que foi vítima de estupro coletivo quando preso - após o crime, ele contraiu o vírus HIV. Em 2006, ele foi absolvido. (G1, 2018).

Vejamos um trecho da ementa do STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS TIDOS POR VIOLADOS. SÚMULA 211/STJ. PRISÃO CAUTELAR E POSTERIOR ABSOLVIÇÃO. PRAZO EXCESSIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CABIMENTO. VALOR ARBITRADO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. Os artigos 21, 128 e 460 do CPC/1973 (e a tese a eles vinculadas), não foram objeto de juízo de valor pela Corte de origem, inclusive após a oposição dos embargos de declaração, o que acarreta o não conhecimento do recurso especial, por falta de prequestionamento, consoante o disposto na Súmula 211/STJ.

2. O Tribunal de origem, após ampla análise de contexto fático-probatório, concluiu pelo cabimento da indenização por danos morais, na medida em que "a manutenção da prisão preventiva por prazo excessivo e, ao fim, o julgamento por ausência de provas, fere a dignidade da pessoa humana que suporia o cárcere, bem como de seus familiares com sua ausência". A revisão de tal entendimento esbarra na Súmula 7/STJ. (STJ, 2018).

Acontece que igual ao caso supracitado, existem muitos outros, só que nem todos eles conseguem repercussão nacional e/ou comoção social, que inclusive, são elementos que fazem com que determinados acontecimentos tenham maior relevância e que consequentemente acarretam em uma pressão social para que aja uma resposta por parte do Estado.

Só que diante dessas realidades que foram expostas, ainda que o prejuízo maior causado aos inocentes não seja reparável efetivamente com a compensação monetária, essa é a única penalidade que pode ser atribuída ao Estado, sendo apenas uma forma de amenizar todo o sofrimento causado pela perda da liberdade, da convivência familiar, da saúde física e psicológica que o inocente suportou dentro do cárcere.

5 A MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Embora o foco desse artigo tenha sido abordar a responsabilidade estatal no âmbito penal, é possível encontrar amparo sobre o referido assunto no Código Civil, até mesmo porque a obrigação de reparar os danos causados na esfera criminal somente poderá ser devidamente cobrada ao Estado no âmbito civil, como já foi mencionado anteriormente. E com base no art. 954 do Código Civil de 2002 estão descritas as hipóteses cabíveis

para indenização à vítima que teve seu direito de ir e vir violado. Senão vejamos:

Art. 954 A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade processual: I- o cárcere privado;

II- a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé;

III- a prisão ilegal. (BRASIL, 2002).

Conforme consta no referido código as hipóteses descritas tratam justamente da privação de liberdade indevida e, a partir do momento que é violada a liberdade, surge o direito de o lesado pleitear judicialmente uma indenização. No entanto, sabe-se que nem sempre isso ocorre de fato, e é devido a esse ponto que serão analisados neste tópico os seguintes questionamentos: de que maneira o Estado é responsável, e em quais hipóteses ele tem o dever, e de que maneira ocorre a concretização da indenização às vítimas do encarceramento?

Diante de uma violação do seu direito, provocada por um agente estatal, abre-se a possibilidade de a vítima buscar as vias judiciais contra o Estado a fim de solucionar a situação. Ocorre que, diante da demonstração do direito da vítima e da efetiva violação, geralmente quando há uma derrota nas esferas judiciárias inferiores, o Estado tende a recorrer aos Tribunais Superiores, que igualmente aos demais tribunais, também analisarão o processo, com todas as suas nuances.

Sabe-se que há uma morosidade nos processos judiciais brasileiros, e com isso, a expectativa da análise do processo e a possibilidade de recebimento de uma indenização em virtude do dano sofrido pela vítima pode levar anos, sendo que, ademais dos processos judiciais, ainda há a ordem de pagamento dos precatórios. Ocorre que tal demora se torna ilógica e injusta, tendo em vista que a pessoa teve a sua liberdade de locomoção prejudicada ilegalmente e ao reconquistar o seu direito de ir e vir, não consegue retomar rapidamente a sua vida, seja sob o ponto de vista financeiro, psicológico ou emocional. Além disso, tendo em vista que um ex- presidiário, em virtude do estigma causado pela prisão, não tem a facilidade de conseguir um emprego diante das

dificuldades enfrentadas após a privação de liberdade, parece ilógico que um inocente, vítima de um erro estatal, leve muitos anos para ser indenizado.

Diante desta situação, há doutrinadores que apoiam a tese de que o Estado além de ter que indenizar o inocente que foi encarcerado injustamente, também deveria indenizá-lo pela Demora da tutela jurisdicional, pensamento inclusive adotado por José Guilherme de Souza (1991):

O Estado deve oferecer essa modalidade de serviço público com eficácia. É para isso que o jurisdicionado paga impostos e taxas: "Esta é a base da responsabilidade do Estado pelo fato das coisas: na sua condição instrumental ele deve retribuir com serviços eficientes e eficazes o que os cidadãos recolhem aos seus cofres: falhas eventuais na operacionalização desses serviços deverão repercutir sobre ele na forma de sua responsabilização por tais falhas, havendo ou não culpa de seus agentes' (SOUZA,1991, p. 131).

Embora não seja esta tese adotada pela maioria dos doutrinadores, é de máxima importância ser levantado esse ponto, pois, a celeridade do processo indenizatório deveria ser o primeiro ato do sistema judiciário na tentativa de reparar/minimizar os danos causados ao lesado, tendo em vista que, em se tratando de um erro dessa magnitude que é tornar um inocente num criminoso, sujeita-lo a um processo que perdure anos acarreta em mais um prejuízo à vítima.

A compensação monetária é de longe o mínimo que o Estado pode fazer para consertar esse equívoco cruel, até mesmo porque como se não fossem incalculáveis os danos que o inocente já teve que suportar por um erro sentencial, como já ficou demonstrado em que há a violação da dignidade da pessoa humana, igualmente está violado o princípio da presunção de inocência, entre outros prejuízos, e ter que se submeter a mais um tormento, além de ser um absurdo do ponto de vista da justiça, é um fracasso do ponto de vista humano.

Sabe-se que a demora na resolução dos processos criminais no Brasil se dá pelo fato da grande demanda de litígios que são postos à apreciação do sistema judiciário. Para Maurício Zanoide de Moraes, professor associado do Departamento de Direito Processual da USP isso ocorre pelo número infinitamente grande de processos que

afogam o sistema, e pelo fato do trâmite disponibilizar a frequência de muitos recursos, senão vejamos:

Nenhum judiciário do mundo conseguiria dar conta da nossa demanda. Nossa estrutura jurídica foi desenhada em meados do século passado, para uma demanda muito menor. O excesso de 'judicialização', somado aos vários recursos e à frequente passagem para as instâncias superiores, que têm estrutura e capacidade menores e onde as decisões têm que ser colegiadas – feitas por um grupo de juízes -, acaba travando o sistema. E tudo desemboca nas instâncias superiores, que não dão conta (MORAES, 2017).

É bem verdade que o sistema judiciário no Brasil está saturado de ações judiciais, e em razão disso a indenização que é devida ao inocente por erro sentencial torna-se mais uma ação que será apreciada pelos tribunais superiores, ou seja, não há privilégios no trâmite para o julgamento, apenas torna-se mais um litígio em meio a tantos outros existentes, o que acarreta em mais uma injustiça, pois, não se trata de um conflito em que o agente deu causa, muito pelo contrário, o inocente está inserido em um processo sem que tenha sido por sua culpa, e sob a ótica da racionalidade humana é um absurdo sujeitar um inocente, já devidamente absolvido da pena, a ter que comprovar mais uma vez sua exclusão da culpa, porém desta vez, com a finalidade de receber uma indenização pelo erro judiciário anterior.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com a transição ocorrida no contexto histórico, desde a época do absolutismo ao então Estado de Direito, é perceptível que durante o período absolutista e em séculos pretéritos, não havia o que se falar em responsabilidade estatal, tendo em vista que o Estado era governado por um soberano, e sendo ele a figura suprema do Governo, as suas vontades não eram questionadas, pois a sociedade acreditava que o monarca tinha origem divina, sendo assim, era impossível imaginar que sua conduta poderia ocasionar danos a alguém.

Contudo, após o surgimento do Estado de Direito, o Estado passa a assumir o seu papel de responsabilidade também no campo jurídico, assim, diante de um dano causado a outrem, o ente estatal poderá vir a ser

responsabilizado civilmente, já que sua conduta ilícita não poderá ser responsabilizada na esfera penal, tendo em vista que por ter existência abstrata, não haveria a possibilidade de puni-lo criminalmente.

É imperioso ser destacado que, evidentemente, o Estado-juiz condena muitas pessoas que realmente são criminosas. Com isso, cumpre com o seu papel de afastar momentaneamente da sociedade esses indivíduos que delinquiram, para que recebam uma punição em virtude das suas condutas. Assim, nesses casos, a conduta coercitiva do judiciário atua perfeitamente em conformidade com o interesse público.

Mas a questão é que não se pode negar que o Estado por vezes é injusto, e que por mais que não seja na maioria dos casos, tendo em vista que o número de reclusos culpados é bem superior ao número de inocentes encarcerados, não é correto simplesmente "fechar os olhos" para essa problemática, só pelo fato da estatística ser menor se comparado ao número de presidiários no Brasil. Sendo assim, o interesse principal deste artigo foi analisar a situação de brasileiros que foram condenados erroneamente através de sentenças judiciais, sem que houvesse a culpabilidade da infração penal.

E em face de tudo o que foi exposto surge a seguinte indagação: "A quem recorrer quando um erro gravíssimo é cometido pelo próprio Estado?", mesmo porque, o domínio estatal ao mesmo tempo em que usa da força coercitiva para reprimir o cidadão, também existe para protegê-lo.

Como ficou demonstrado no último tópico existe uma morosidade nos processos penalistas no Brasil, e embora o inocente não tenha dado causa ao processo, não há privilégios no momento do processo em que será decretada a indenização, o que acarreta em mais um tormento na vida desse inocente. Além disso, ainda há o fato de que a causa pode durar anos, existindo a possibilidade do valor monetário estipulado no início do processo ser drasticamente reduzido, diante de tantas interpretações jurídicas após inúmeros recursos interpostos pelo Estado.

Contudo, resta claro que o Estado-juiz precisa se policiar quanto a esses erros judiciais, procurando meios que possam solucionar essa questão na raiz do problema, pois não dá para tratar desse assunto com menor importância, tendo em vista os prejuízos incalculáveis que podem ser ocasionados na vida de um ser humano.

Percebe-se o quão importante é que o Sistema Judiciário, que é um poder independente, “olhe” para esse problema, de maneira que esses casos venham a diminuir com passar do tempo e que num futuro próximo, qualquer que seja o inocente, este não seja em nenhuma hipótese condenado injustamente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 11/05/2020

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília-DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constitucional.htm> Acesso em: 15/03/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 1655800 AM 2017/0038069-0 - Rel. e Voto Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/608021612/recurso-especial-resp-1655800-am-2017-0038069-0>> Acesso em: 02/04/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 802.435-PE 2005/0202982-0 - Rel. e Voto Disponível em: <www2.stj.jus.br> Acesso em: 22/04/2020.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; Responsabilidade do estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylva Zanella; Direito Administrativo. 28ª Edição, São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de direito administrativo positivo. 6. Ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda, 2007.

FIUZA, César. Direito Civil: curso completo. 11. Edição. Revista atualizada e ampliada, Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda, 2008.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 17ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

JOSÉ Filho, dos Santos Carvalho. Manual de direito administrativo. 28ª Edição. Revista ampliada e atualizada, São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

JUSTEN Filho, Marçal; Curso de direito administrativo. 11. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2015.

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 10. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. Direito Civil em exercícios. Brasília: Editora Alumnus, 2013.

RODRIGUES, Gabriela. A (in)admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro: a influência dos casos paradigmáticos da suprema corte norte-americana no direito nacional. 2017, 59 fls. Trabalho de Conclusão (Curso de Direito), Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) 2017. Disponível em: <<http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-tcc-gabriela-rodrigues-querido-fortes>> Acesso em: 13/04/2020.

SOUZA, André Peixoto. Condenar um inocente ou absolver um culpado. 2018, Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/549342431/condenar-um-inocente-ou-absolver-um-culpado>> Acesso em: 16/04/2020

SOUZA, José Guilherme de. Responsabilidade civil do estado pelo exercício da atividade judiciária. Revista jurídica, Porto Alegre; v. 164, 1991. Disponível em: <www.periodicos.unicesumar.edu.br> Acesso em: 20/04/2020

NOTÍCIAS DE SITES

G1. Portal de notícias da Globo, 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2011/11/no-recife-ex-mecanico-morre-depois-de-saber-que-ganharia-indenizacao.html>> Acesso em: 21/04/2020

MEU SITE JURÍDICO, 2019. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/05/06/um-caso-assustador/>> Acesso em: 22/04/2020

MORAES, Maurício Zanoide Disponível em: <<https://exame.com/brasil/por-que-a-justica-brasileira-e-lenta/>> Acesso em: 21/05/2020

PRAZERES, Leandro. Brasília, 2018. Disponível em <<https://www.uol/noticias/especiais/as-3-mortes-de-heberon.htm#tematico-10>> Acesso em: 21/04/2020.

REVISTA Consultor Jurídico, 2019. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2006-out-19/estado_indenizar_inocente_ficou_13_anos_preso>
Acesso em: 21/04/2020.

Recebido em: 5 de março de 2021
Avaliado em: 20 de março de 2021
Aceito em: 27 de março de 2021

1 Bacharelada em Direito pela Faculdade de Petrolina (FACAPE).

E-mail: aninhamotoa@outlook.com

2 Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (UBA), Pós graduada em Direito Empresarial pela Universidade Regional do Cariri e Direito Penal e Processo Penal pela UNISEB e Psicologia Jurídica pela FACAPE. E-mail: jaiza.samara@facape.br