

7

Os reflexos dos debates analisados na Constituição de 1988 e as legislações e projetos de leis posteriores que retomaram os temas

Quando o tema do presente trabalho foi pensado, buscava-se entender o descompasso entre os avanços das demandas feministas daquele período no qual a Constituição foi elaborada e o resultado final do texto constitucional, mais progressista em relação às conquistas de direitos entre os já elaborados no País. Obviamente, desconfiava-se que esse descompasso era fruto dos padrões de gênero instituídos e perpetuados ao longo da história, entre outros, pela imprensa, pelo Direito, pelas autoridades, movimento ocorrido especialmente a partir do final do século XIX. Ao mesmo tempo em que havia esse esforço para instituir padrões de gênero e determinar papéis sociais a partir desse recorte, nascia também uma militância feminista que, ora se apropriava e ora negava esses estereótipos, na luta pela construção da igualdade nas relações de gênero. Porém, era necessário investigar a intensidade da influência desses fatores na Assembleia Constituinte, percebendo de que forma ocorria a repetição dessas funções sociais, ou seja, os atos performativos de gênero, em um dos espaços mais democráticos da Constituinte: as Subcomissões temáticas. Estas foram dedicadas à recepção direta das demandas da sociedade civil e em seus debates, tanto representantes de movimentos sociais quanto Constituintes deixaram transparecer os preconceitos da época, repetindo essas performances de gênero.

Ultrapassadas as discussões nas Subcomissões e Comissões pertinentes, bem como a demonstração da influência dos estereótipos de gênero para a propositura de dispositivos constitucionais, cabe agora apresentar os artigos constitucionais pertinentes, que possuem suas bases nessas discussões. Da mesma forma, as discussões atuais sobre esses temas serão mapeadas de maneira breve. É importante ressaltar que, se, por um lado, as normas constitucionais tiveram uma redação final diferente e não correspondiam às demandas dos movimentos feministas, por outro lado, os caminhos trilhados nesses discursos apontam para o fato de a redação final da Constituição resultar em um texto muito farto em direitos e sem retrocessos, o que, nesse momento, é algo que deve ser valorizado. A Constituição de 1988 poderia ser mais avançada na afirmação de direitos no

que diz respeito às minorias, especialmente em relação a gênero, mas ao mesmo tempo, ela poderia ter implicado em um grave prejuízo aos mesmos direitos. Nesses termos, se antes não se entendia os motivos pelos quais ela não trazia a orientação sexual, por exemplo, afinal, ela instauraria um novo ordenamento jurídico, agora é possível entender o grau do esforço realizado para que não houvesse o retrocesso. Portanto, pode-se adiantar que todos esses temas sofreram uma “interrupção”, mas todos também ou já retornaram para os debates, ou estão retornando. Os temas de maior referência nas Subcomissões que diziam respeito a gênero foram orientação sexual, tutela da vida, igualdade, relações de trabalho e relações familiares. Portanto, é a partir desse recorte de temas que serão examinados os reflexos desse debate na Constituição de 1988.

O primeiro grupo a ser apresentado diz respeito à tutela da vida, igualdade e sexualidade. Até mesmo igualdade entre os sexos foi questionada, especialmente quando se tratou das relações familiares. Porém, a afirmação dessa igualdade não gerou controvérsia tão intensa, ao contrário da questão da orientação sexual. Sobre os temas enumerados, podem ser apresentados esse primeiro grupo de artigos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Percebe-se que, apesar das demandas minoritárias, no artigo 5º, a afirmação da igualdade foi realizada de forma genérica, com a ressalva da igualdade entre os sexos. Talvez essa ressalva tenha sido fruto do intenso trabalho do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher no momento anterior. De qualquer forma, algumas especificidades apareceram no artigo 3º. Já foi mencionado que a afirmação genérica da igualdade nunca foi suficiente para que as minorias

pu dessem realmente desfrutar de todos os direitos disponíveis para a maioria. Por esse motivo, todos que chegavam à Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias pleiteavam a inclusão de sua categoria de forma expressa no texto constitucional e, em regra, também defendiam que a discriminação contra essas categorias fosse criminalizada e que a Constituição nova trouxesse esse mandato de criminalização. Entretanto, como em outras discussões os pedidos de criminalização foram combatidos, especialmente quando nas reuniões surgiam temas como pena de morte e prisão perpétua, que não foram alvo direto de investigação, isso denota uma perda de legitimidade nessas reivindicações minoritárias. Nesses termos foram a atuação do movimento negro, do movimento feminista, do grupo Triângulo Rosa, dos diferentes grupos em defesa de portadores de deficiências e de doenças, dos povos indígenas e daqueles que suscitaram a questão da idade da Constituinte. Em regra, os grupos minoritários sempre citavam as condições dos negros e das mulheres, como grupos que já haviam conquistado uma forma de tutela, desejando equiparação a eles e, muitas vezes, defendendo que essas discriminações deveriam ensejar crime inafiançável.

Entre esses grupos, a condição da orientação sexual não teve força suficiente para ingressar no texto constitucional. Os militantes do Triângulo Rosa tinham consciência do longo caminho, por isso, se limitavam a tentar garantir o tratamento não discriminatório, deixando as demais matérias para a legislação ordinária. Porém, não conseguiram sequer aparecer entre aqueles que compõem o artigo 3º inciso IV. Apesar dessas dificuldades, conforme já mencionado, os temas não resolvidos ou não contemplados na Constituinte retornaram. Interessante observar que o ordenamento jurídico brasileiro nunca considerou a homossexualidade um crime, mas tal fato não facilitou a argumentação na Constituinte. O movimento LGBT conseguiu iniciar um processo de reversão, pelo menos no que diz respeito aos direitos, ainda que sofram as consequências dos tratamentos discriminatórios, desde violências simbólicas até as físicas, das quais nenhuma dessas minorias se encontra livre.

O marco da retomada do tema pode ser considerada a ação civil pública nº 2000.71.00.009347-0, proposta pelo Ministério Público Federal, provocada pela Organização Não Governamental Nuances, em Porto Alegre, com o intuito de permitir a indicação de companheiros homossexuais para alguns benefícios do

INSS. Desde então, houve um crescente movimento para a concessão de direitos para os homossexuais¹, que culminaria com o recente julgamento da Arguição de Preceito Fundamental nº 132/RJ por parte do Supremo Tribunal Federal, possibilitando o reconhecimento de união estável a casais homoafetivos, no dia 5 de maio de 2011. Atualmente, no estado do Rio de Janeiro, já houve decisão permitindo a conversão da união estável de um casal homossexual em casamento civil. O magistrado que autorizou essa conversão, fundamentou sua decisão na própria Arguição de Preceito Fundamental. A trajetória das possibilidades de reconhecimento das uniões homossexuais é interessante de ser observada, na medida em que a Constituição de 1988, ao consagrar a união estável como uma formação de fundação da família merecedora de tutela do Estado, reproduzia como necessidade para seu reconhecimento o paradigma heterossexual, nos seguintes moldes:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

É importante lembrar que a união estável entre homem e mulher já havia gerado desagrado na Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, com o receio de que a possibilidade dessas uniões informais, em conjunto com o divórcio ilimitado, agravasse a condição do menor abandonado, ou então desestimulasse a realização de casamentos, implicando no processo de desmoralização social e desmoronamento da família. A heterossexualidade da união estável era necessária nessa Subcomissão. Alguns Constituintes demonstravam desconforto com a união estável com o receio de que ela facilitasse a legitimação das relações homossexuais. Sendo assim, o dispositivo constitucional viria afirmando essa heterossexualidade. De fato, após o reconhecimento da possibilidade da união estável entre homossexuais pelo Supremo Tribunal Federal, iniciou-se o processo de conversão para casamento civil. Sendo assim, pode-se notar que o “receio” dos

¹ A Lei Municipal nº 3.786/2002 estendia o direito de pensão a companheiros e companheiras de servidores públicos homossexuais, na cidade do Rio de Janeiro. A Lei Estadual n/215 de 2007 no estado do Rio de Janeiro garantia os mesmos direitos para os servidores público estaduais. Essas informações, bem como acompanhamentos em relação a outras legislações referentes à orientação sexual podem ser encontradas no site do grupo Arco-Íris. Disponível em <<http://www.naohomofobia.com.br/institucional/index.php>>

conservadores era pertinente. Porém, ao mesmo tempo não se pode afirmar que se houvesse o reconhecimento dessa possibilidade de união estável entre os homossexuais naquela época, rapidamente alguns juízes já passariam a autorizar a conversão em casamento.

Em relação à tutela da vida, a Constituição não ingressou no mérito de quando essa vida teria início para determinar a sua tutela, somente se restringindo a afirmar a inviolabilidade do direito à vida. Todas as discussões que surgiram sobre o tema, com as referências em relação à legislação civil sobre o nascimento com vida como requisito da condição de sujeito de direito, foram deixadas de lado. Na medida em que se percebeu a tendência ao retrocesso nas hipóteses de interrupção de gravidez permitidas pelo Código Penal, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher iniciou um esforço para excluir a matéria de discussão na Constituinte. Os Constituintes que se diziam completamente contrários ao aborto até mesmo às hipóteses já contempladas no Código Penal eram poucos, assim como os membros do Movimento Pró-Vida dispostos a realizar esse tipo de defesa foram basicamente os mesmos nas três Subcomissões em que o tema surgiu. Porém, o poder de perturbação e desestabilização das reuniões que esses poucos grupos tinham era intenso, fazendo com que outros Constituintes aderissem às suas demandas, com impacto especial na Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso. A atuação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, bem como manifestações da Constituinte Benedita da Silva e outras que não apareceram registradas nas atas, mas que foram mencionadas por Constituintes, ao revelarem que receberam telegramas, telefonemas e representantes da sociedade civil em seus gabinetes obtiveram êxito na empreitada em garantir o não retrocesso.

Sobre o tema da criminalização ou não do aborto, os movimentos feministas ainda realizam esforços para que o aborto seja tratado a partir da perspectiva da saúde da mulher, no intuito de que ele venha a ser descriminalizado mais adiante. Um dos grandes argumentos favoráveis à descriminalização diz respeito às desigualdades sociais. É de amplo conhecimento que, em regra, as mulheres que sofrem as consequências mais drásticas de um aborto clandestino são as mais pobres, pois as demais possuem condições financeiras de realizar o procedimento com segurança, sem que sua saúde e sua integridade física fiquem afetadas. As sequelas deixadas por um aborto clandestino são os argumentos mais fortes utilizados pelo movimento feminista para trazer o problema para a

perspectiva da saúde pública, excluindo, dessa forma, a discussão do âmbito do direito à vida, conforme exposto nos discursos das representantes do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. Ao mesmo tempo, não se deve esquecer que há o resguardo da vida também nessa reivindicação, em última instância, à vida da mãe. Já os representantes do Movimento Pró-Vida se apegam a uma defesa do início da vida a partir da concepção, exigindo que ela seja tutelada pelo direito desde esse momento. Alguns Constituintes ainda propuseram que esse embrião fosse elevado à categoria de sujeito de direito. Esse tema discutido na Constituinte ainda é objeto de disputas, ensejando alguns projetos de lei bastante divulgados recentemente: o Estatuto do Nascituro e o apelidado pela militância feminista “Bolsa Estupro”, além da controvertida Medida Provisória nº 557 de 26 de dezembro de 2011. Todas essas três propostas são decorrentes de esforços para se restringir as possibilidades de interrupção da gravidez e para facilitar a punição da prática do crime de aborto.

A primeira delas é o Projeto de Lei nº 1.793/2007, apelidada como “Bolsa Estupro”. Em seu início esse projeto de lei afirma a necessidade de se investigar os crimes de estupro de forma prioritária. Em seguida, garante que, quando houver a comprovação do estupro e de gravidez decorrente dele, realizada em processo judicial, com sentença transitada em julgado, a mulher tenha alguns direitos garantidos, que dão suporte para que a gravidez siga adiante. Provavelmente não haveria qualquer problema se esse projeto de lei pretendesse somente agregar direitos às mulheres vítimas do crime de estupro, possibilitando que aquelas que se sentissem desconfortáveis para a realização do aborto, um direito nesse caso, pudessem contar com apoio financeiro e institucional para que não violassem a sua consciência, as suas crenças ou os dogmas de sua religião. Nesses termos, o projeto poderia ser interessante. Porém, a garantia de que determinadas mulheres que se sentissem desconfortáveis com o aborto realizado em virtude de gravidez decorrente do estupro parece não ser a principal questão do projeto. Ao contrário, tal projeto de lei tende a agravar a condição da mulher vítima desse crime. Para que ela tenha direito ao auxílio financeiro por parte do Estado, a sentença deve ter transitada em julgado. Dispõe o projeto de lei da seguinte forma:

Art. 1º Os crimes de estupro terão investigação e persecução penais prioritárias.

Art. 2º Na hipótese de estupro devidamente comprovado e reconhecido em processo judicial, com sentença transitada em julgado, de que tenha resultado gravidez, deverá o Poder Público:

I – colocar gratuitamente à disposição da mulher toda assistência social, psicológica, pré-natal e por ocasião do parto e puerpério.

II – orientar e encaminhar, através da Defensoria Pública, os procedimentos de adoção, se assim for vontade da mãe;

III – conceder à mãe que registre o recém nascido como seu e assuma o pátrio poder o benefício mensal de um salário mínimo para reverter em assistência à criança até que complete dezoito anos.

Art. 3º O pagamento será efetuado pelos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, com recursos oriundos do Fundo Nacional de Amparo à Criança e ao Adolescente.

Art. 4º A fraude engendrada para caracterizar o estupro, para qualquer finalidade, será punida com reclusão de um a quatro anos e multa, sem prejuízo da devolução da importância recebida de má-fé, corrigida monetariamente.

Art. 5º As delegacias de polícia ficam obrigadas a informar às vítimas de estupro os direitos assegurados por esta lei, bem como as penalidades previstas em caso de fraude.

A demora do trânsito em julgado em processos criminais não permitiria que essa mulher passasse a usufruir da ajuda do Estado já no período da gravidez, momento em que ela precisa de recursos financeiros para se preparar para o nascimento da criança, comprando roupas, fraldas, berço e todos os itens exigidos nesse momento, que implicam em gastos elevados. Também é um projeto de lei que desconfia da mulher, preocupando-se em trazer norma específica para criminalizá-la em caso de fraude para caracterizar o estupro, e esquecendo-se que tal previsão genérica já existe no Código Penal, como o art. 339, que é o crime de Denúncia Caluniosa e o art. 340, que é a Comunicação Falsa de Crime. Além disso, o prazo da concessão da bolsa, até a criança completar os dezoito anos, parece ser insuficiente. Talvez o período dessa bolsa tivesse que ser estabelecido de acordo com os parâmetros da pensão alimentícia, possibilitando a real formação dessa criança. Nesses termos, em vez de desconfiar da mulher grávida de um estupro, se o projeto de lei tivesse o intuito de auxiliá-la nesse período de fragilidade em diversos sentidos, deveria se ajustar à previsão do benefício mensal tendo como base os alimentos gravídicos, estabelecidos na Lei 11.804/2008, estendendo até esse filho completar os 24 anos ou concluir ensino superior, prazo estabelecido pela jurisprudência para pensão alimentícia, para que esse filho tivesse a melhor formação possível evitando que o ônus financeiro recaísse sobre a mulher, afinal, ela foi vítima de um crime.

A questão por trás desse projeto de lei aparece de forma clara em sua justificativa. A justificativa inicia da seguinte forma: “Punir a criança com a morte por causa do estupro de seu pai é uma injustiça monstruosa. Mais monstruosa que o próprio estupro. Será justo que a mãe faça com o bebê o que nem o estuprodozou fazer com ela: matá-la?” Para, em seguida trazer longa consideração sobre o caso de um estupro de uma menina de **dez anos**, no município de Israelândia, em Goiás, ocorrido em 1998. A justificativa apresenta os esforços realizados em vão pelo Movimento Pró-Vida para que a criança não realizasse o aborto, argumentando, inclusive que já havia um casal de Brasília disposto a adotá-la. Em seguida, afirma que “as forças da morte prevaleceram” no caso, ou seja, a família da menina realizou o aborto, para, depois, dizer que nesse caso a pena teria passado da pessoa do réu, com o agravante de que o bebê teria sido condenado à pena de morte “sem nenhum direito de defesa” e garantir que mulheres que tiveram bebês decorrentes de estupro costumavam afirmar que, posteriormente, estes eram considerados seus filhos preferidos se comparados aos outros. Por fim, termina a justificativa com a seguinte consideração: “Este projeto conta com o apoio explícito de Associação Nacional Mulheres pela Vida, uma organização feminina com sede no Rio de Janeiro que valoriza a sublime vocação da mulher à maternidade e repudia o aborto como crime abominável”.

Além desse projeto de lei, existem ainda o projeto de lei 478 de 2007, o Estatuto do Nascituro, que tramita em conjunto com o projeto de lei 1.763 de 2007, além da Medida Provisória nº 557 de 26 de dezembro de 2011. São três legislações interligadas. O Estatuto do Nascituro tem notório intuito de dificultar qualquer demanda em relação à ampliação das hipóteses de interrupção da gravidez admitidas na legislação penal, inclusive em relação à discussão atual sobre a antecipação do parto de feto anencéfalo. Nem o Estatuto do Nascituro, nem a Medida Provisória serão alvos de exame exaustivo nesse presente trabalho, assim como o projeto de lei anterior não foi. Porém, é necessário apresentar os rumos das discussões, mas cabe a apresentação dos principais dispositivos deles, como forma de demonstrar os propósitos semelhantes. O Estatuto do Nascituro tem o objetivo de proteger integralmente aquele que foi concebido, mas ainda não nasceu, conforme disposto nos artigos 1º e 2º do projeto. Essa proteção ocorre basicamente de três formas: com o aumento do rigor da punição dos crimes de aborto, com a concessão de direitos a eles de forma direta e com a impossibilidade

de realização do aborto nas hipóteses permitidas, além de inviabilizar a antecipação do parto no caso da gravidez de feto anencéfalo. Alguns artigos possuem o objetivo de garantir uma autonomia do feto em relação à mãe. Os principais artigos que caracterizam o projeto, nesses termos ressaltados, são os seguintes:

Das disposições preliminares:

Art. 3º O nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica deste estatuto e da lei civil e penal.

Parágrafo único: O nascituro goza de expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade.

Art. 5º Nenhum nascituro será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido, na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, à expectativa de seus direitos.

Dos direitos fundamentais:

Art. 9º É vedado ao Estado e os particulares discriminar o nascituro, privando-o da expectativa de algum direito, em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, da deficiência física ou mental ou da probabilidade de sobrevivida.

Art. 10 O nascituro deficiente terá à sua disposição todos os meios terapêuticos e profiláticos existentes para prevenir, reparar ou minimizar suas deficiências, haja ou não expectativa de sobrevivida extra-uterina.

Art. 13 O nascituro concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurando-lhe, ainda, os seguintes:

I – direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante;

II – direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos;

III – direito prioritário à adoção, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento.

Parágrafo único: Se for identificado o genitor, será ele o responsável pela pensão alimentícia a que se refere o inciso II deste artigo; se não for identificado, ou se for insolvente, a obrigação recairá sobre o Estado.

Art. 16 Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Parágrafo único: Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

Art. 21 Os danos materiais ou morais sofridos pelo nascituro ensejam reparação civil.

Disposições finais:

Art. 31 O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), passa a vigorar com o acréscimo do seguinte inciso VIII:

VIII - aborto

Ainda devem ser ressaltados alguns aspectos problemáticos da lei, como exemplo. O primeiro deles diz respeito ao artigo 5º, pois como definir o que seria opressão ao nascituro? Como ela seria configurada? Essas questões são de difícil

concretização. Outro fator problemático é a previsão de que se o genitor fosse conhecido, a obrigação de prestar a pensão alimentícia seria dele, deixando de ser do Estado. Esta, provavelmente, seria uma situação bastante difícil para a mulher, pois implicaria em um vínculo a mais com o agressor, durante um longo período de tempo. Os artigos 9º, 10 e 13 possuem diretamente o objetivo de inviabilizar a interrupção da gravidez, seja em decorrência de estupro, seja a antecipação do parto ocasionada pela anencefalia. Ambos os casos aparecem na justificativa do projeto de lei, nos mesmos termos do Projeto de Lei 1.763/2007, ou seja, fundamentados no argumento de que os fetos, chamados na lei como bebês, não podem responder pelos crimes cometidos pelos pais, nem podem ser punidos pela deficiência. Já foi mencionado inúmeras vezes ao longo do texto que, o argumento da autonomia do feto, que não pode ser “punido” pelos atos do pai, desconsidera completamente a violência ocorrida sobre o corpo da mãe e o fato de que ele não é autônomo nesses termos, tanto que é inviabilizado fora do útero da mãe.

A hipótese trazida pela lei da não viabilidade de vida extra-uterina está relacionada com a anencefalia do feto, objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Resumidamente, não há possibilidade de vida fora do útero nesses casos, conforme explicado na petição da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, por conta da “má formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico”². A medicina nada pode fazer para reverter essa situação. A antecipação do parto é a forma pela qual se pode tratar a gestante, ao mesmo tempo em que nada pode ser feito para salvar o feto. Nesses termos, a argumentação para a defesa dessa possibilidade é realizada no sentido de demonstrar que não há aborto nessa hipótese, pois o caso do aborto implica na interrupção da gravidez com a morte do feto sendo consequência dela. No caso da antecipação terapêutica do parto, o feto morre em virtude da sua má formação, sendo esta aquilo que inviabiliza a vida extra-uterina.

Nestes termos, na petição inicial da arguição de descumprimento de preceito fundamental, argumentou-se que esse fato não está previsto no Código Penal, sendo uma conduta atípica. O momento que determina a morte é a

²

Disponível

em

http://www.lrbarroso.com.br/pt/casos/anencefalia/peticao_inicial_anencefalia.pdf.

paralisação da atividade cerebral. Como esse feto não tem atividade cerebral, não se pode falar em morte dele. A legislação que inseriu o conceito de morte cerebral no direito brasileiro foi a Lei 9.434/1997, que trata da hipótese de transplante de órgãos, estando autorizada a partir do momento em que há morte encefálica, cumprindo os requisitos estabelecidos no artigo 3º. Cabe lembrar que, após a morte cerebral de um adulto, algumas funções vitais ainda podem se perpetuar durante um período e isso é o que viabiliza os transplantes de órgão. Sendo assim, a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo é de defesa mais tranquila do que uma hipótese de aborto, já que ele não se configura. Apesar disso, o Estatuto do nascituro pretende inviabilizar essa hipótese.

Por fim, a Medida Provisória nº 557 causou grande descontentamento entre a militância feminista, em virtude da criação de um cadastro nacional de gestante, que permite a identificação de todas essas mulheres, com o argumento de que isso facilitaria o acompanhamento de gravidez de risco. Esse cadastro violaria o direito à intimidade da mulher, uma vez que seus dados e o de sua gravidez seriam compartilhados publicamente, com o argumento de que isso deveria ocorrer porque a Medida Provisória daria um benefício financeiro de até R\$ 50,00 (cinquenta reais) por mês como forma de auxílio para o seu deslocamento para ter acesso aos serviços de saúde. Esse ator ainda facilitaria um eventual processo criminal sobre aquelas mulheres que haviam sido cadastradas como grávidas e cujos filhos não nasceram após o período previsto. Além disso, é algo que recai de forma mais drástica sobre as mulheres pobres, pois são elas que necessitam desse auxílio de R\$ 50,00. Esses aspectos problemáticos da Medida Provisória estão relacionados nos seguintes artigos:

Art. 1º Fica instituído o Sistema Nacional de Cadastro, Vigilância e Acompanhamento da Gestante e Puérpera para Prevenção da Mortalidade Materna, no âmbito da Política de Atenção Integral à Saúde da Mulher, coordenada e executada pelo Sistema Único de Saúde – SUS, com a finalidade de garantir a melhoria do acesso, da cobertura e da qualidade da atenção à saúde materna, notadamente nas gestações de risco.

Art. 2º O Sistema Nacional de Cadastro, Vigilância e Acompanhamento da Gestante e Puérpera para Prevenção da Mortalidade Materna é constituído pelo cadastramento universal das gestantes e puérperas, de forma a permitir a identificação de gestantes e puérperas de risco, a avaliação e o acompanhamento da atenção à saúde por elas recebida durante o pré-natal, parto e puérpero.

Art. 10 Fica a União autorizada a conceder benefício financeiro no valor de até R\$ 50,00 (cinquenta reais) para gestantes cadastradas no Sistema Nacional de Cadastro, Vigilância e Acompanhamento da Gestante e Puérpera para Prevenção

da Mortalidade Materna, com o objetivo de se auxiliar o seu deslocamento e seu acesso às ações e aos serviços de saúde relativos ao acompanhamento do pré-natal e assistência ao parto prestados pelo SUS, nos termos do regulamento.

Art. 11 Será de acesso público a relação das beneficiárias e dos respectivos benefícios de que trata o art. 10.

Esse percurso breve pelos dois projetos de lei e pela Medida Provisória serviu para demonstrar como as questões referentes ao direito à vida estão retornando, fazendo uso de argumentos semelhantes aos apresentados nas Subcomissões da Assembleia Constituinte e não tem o objetivo de esgotar esse tema e sim apontar problemas que deverão ser enfrentados novamente. Se os homossexuais conseguiram grandes avanços em relação às conquistas de direitos e retirar da expressão “orientação sexual” pelo menos parte suficiente do caráter pejorativo que tinha na época da Constituinte para conquistar esses direitos, os movimentos feministas encontram maiores dificuldades para redirecionar a discussão sobre a descriminalização do aborto para um caminho que considere a saúde e a integridade física da mulher e não instrumentalize o seu corpo.

Apesar dos conhecidos problemas em relação a essa descriminalização, o tema do planejamento familiar, que também foi controvertido na Constituinte, recebeu o tratamento na Constituição de 1988 reivindicado pelas representantes dos movimentos feministas, especialmente aquelas pertencentes ao Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. O tema foi tratado no artigo 226 §7º com a seguinte redação:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Percebe-se, portanto, que o planejamento familiar conseguiu ser diferenciado das hipóteses que sempre o cercavam e se confundiam, como o aborto e o controle de natalidade, esta proibida expressamente pelo dispositivo constitucional. Além disso, o artigo consagrou o dever de o Estado prestar as informações adequadas para o planejamento familiar, que implicam em divulgação de métodos contraceptivos, formas de uso, vantagens e desvantagens dos diferentes métodos, a partir da utilização de termos que evitassem a confusão realizada ao longo de diferentes Subcomissões, especialmente, Subcomissão da

Família, do Menor e do Idoso, Subcomissão dos Direitos e Garantias Fundamentais e Subcomissão de Saúde, Seguridade e Meio Ambiente.

O tema foi devidamente regulamentado pela Lei 9.263 de 1996, com a observância dos direitos da mulher, do homem ou do casal de constituírem, limitarem ou aumentarem a quantidade de filhos, com a previsão de redes de serviços dispostos no artigo 3º da Lei, com a assistência à concepção e contracepção, atendimento pré-natal, no parto e estado puérpero, controle das doenças sexualmente transmissíveis, controle de diferentes tipos de câncer, além de informações sobre métodos contraceptivos e interdições de esterilização forçada, sem o consentimento ou com consentimento alterado por álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental permanente ou temporária, conforme disposto no artigo 10 § 3º, para citar alguns exemplos do que prevê a lei. Nesses termos, tanto a norma Constitucional quanto a legislação que regulamenta o planejamento familiar foram adequadas às reivindicações do movimento feminista.

Há ainda a necessidade de se verificar a forma como as relações de trabalho e as relações familiares foram consolidadas na Constituição de 1988, para conseguir compreender o modelo de mulher que ficou registrado nela, bem como para entender como esse tipo de demanda também vem sendo retomado desde então. A primeira consideração a ser feita é o fato de a estabilidade não ter sido incorporada na nova Constituição para nenhum trabalhador, apesar dos esforços dos membros da Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos. Além disso, os pedidos realizados especialmente por Paulo Paim, entre outros Constituintes, para que a empregada doméstica, função até hoje exercida primordialmente por mulheres, não sofresse nenhum preconceito em relação aos direitos trabalhistas também foram em vão.

O artigo 7º parágrafo único da Constituição restringiu os direitos dos trabalhadores doméstico aos seguintes: salário mínimo fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; irreduzibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; décimo terceiro salário, repouso semanal remunerado preferencialmente aos

domingos; férias anuais remuneradas; licença à gestante de 120 dias sem prejuízo de emprego e salário; licença-paternidade nos termos da lei; aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e aposentadoria.

As empregadas domésticas não saíam com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço em seu rol de direitos, apesar de ter sido concedido aos trabalhadores como forma de retribuição à perda da estabilidade, que também havia sido pleiteada para as empregadas domésticas. Somente recentemente a Comissão de Assuntos Sociais do Senado aprovou uma desburocratização para inscrição por parte do empregador do empregado doméstico no FGTS, além de projeto elaborado pela Senadora Lídice da Mata ter permitido o pagamento de salário-família, estabelecido no inciso XII do artigo 7º da Constituição para essa categoria. Porém, as empregadas domésticas não possuem horas de jornada de trabalho regulamentadas nem o pagamento de horas extras, seguro desemprego ou proteção contra despedidas sem justa causa. Com o objetivo de aumentar o rol de direitos da categoria, existe o Projeto de Lei 6.030 de 2009 em tramitação na Câmara dos Deputados, que trata da obrigatoriedade de depósito do FGTS para as empregadas domésticas, de alíquota da contribuição previdenciária e concessão do benefício do auxílio-acidente. A categoria de fato enfrenta resistência para conseguir ter a equiparação de direitos em relação aos demais trabalhadores, em virtude de ser composta de mulheres pobres e, em regra, negras. Nesses termos, há a conhecida conjunção de fatores de classe, raça e gênero, configurando um trabalho bastante desvalorizado. Mas ainda assim há esforços para que esse rol de direitos seja ampliado.

Questão interessante de ser retomada diz respeito à licença à gestante, aliada à previsão da licença-paternidade e que estão interlaçada com os papéis de gênero tanto em âmbito privado quanto em âmbito público. Ambas se encontram previstas no artigo 7º. A licença à gestante está configurada no inciso XVIII, nos seguintes termos: “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”. A licença-paternidade se encontra no inciso XIX da seguinte forma: “licença-paternidade, nos termos fixados em lei”. Nesses termos, até os dias de hoje a licença-paternidade tem a duração de cinco dias, conforme estabeleceu o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu artigo 10, inciso II §1º. Além desses dispositivos, é necessário apresentar o §5º do artigo 226 da Constituição Federal: “Os direitos e deveres referentes à sociedade

conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Apresentado esse quadro sobre as licenças e o que estabeleceu o §5º do artigo 226 da Constituição Federal, cabe demonstrar de forma breve alguns problemas decorrentes da redação desses dispositivos, especialmente o dispositivo da licença à gestante, que ilustram como os papéis de gênero foram perpetuados.

O primeiro fator a ser considerado foi o caráter biológico dado à licença à gestante, justamente em virtude do termo “gestante” ter sido utilizado no lugar de “licença maternidade”. Durante muito tempo a interpretação da jurisprudência foi bastante restrita em relação à licença à gestante, entendendo que as mães adotivas originalmente não tinham direito a tal licença. A Lei 10.421/2002 foi necessária para determinar expressamente a necessidade da licença nesses casos, bem como o direito ao recebimento do salário-maternidade. Nesses termos, tal lei alterou a Consolidação das Leis do Trabalho, incluindo o artigo 392 A, estabelecendo prazos diferenciados para a licença maternidade em virtude de adoção, de acordo com a idade da criança adotada. Para crianças de até um ano de idade, a licença é de cento e vinte dias, já a adoção de crianças entre um ano e quatro anos permite uma licença de sessenta dias e adoção de crianças entre quatro anos e oito anos, o período é de trinta dias. Não era pertinente negar a licença à mãe adotiva, pois além dos cuidados físicos necessários em virtude da chegada de qualquer criança, a questão da adoção ainda tem outra justificativa importante, que é a adaptação daquela criança a um núcleo familiar diferente, o que nem sempre é algo fácil.

É interessante notar como esse caráter da biologia permeou o texto constitucional também no sentido da paternidade. A defesa do mesmo período de licença para homens e mulheres foi realizada em poucos momentos. A Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais contou com a participação de Carlos Roberto Siqueira Castro, que defendeu essa possibilidade, mas que encontrou resistência até mesmo em mulheres Constituintes. Entre as Constituintes, Lídice da Mata também trouxe essa necessidade, após ouvir a fala de duas representantes de mulheres trabalhadoras em uma audiência pública. Apesar de reconhecer que somente a partir do momento em que o período de licença-paternidade fosse substancialmente maior e que houvesse um real compartilhamento de cuidados com os filhos a mulher deixaria de ser discriminada no mercado de trabalho, Lídice da Mata ainda recuou em suas ideias, dizendo admitir que a licença fosse aberta para qualquer um dos dois, homem ou

mulher, cabendo a realização de uma escolha. Provavelmente, se isso fosse permitido por norma constitucional, as mulheres, em regra, iriam solicitar a licença, pois muitas vezes há a necessidade física da mãe em virtude da amamentação. Porém esse aspecto não invalida a defesa da necessidade do pai, na medida em que a ele caberia o auxílio e a divisão das demais tarefas em relação à criança com a mãe.

A amamentação não é o único fundamento da licença materna, caso fosse assim, mulheres que não conseguissem amamentar perderiam o direito a usufruir desse período, o que não ocorre. A grande diferença entre os períodos de licença de homens e mulheres expõe somente que o disposto no §5º do artigo 226 não foi considerado da forma devida. Nesse sentido, os papéis tradicionais continuam sendo perpetuados. A afetividade entre pai e filho encontra maior dificuldade de ser constituída em virtude desse afastamento físico e o pai é reduzido ao papel de provedor pela Constituição, como acontecia no início do século XX. Interessante observar que, ainda que a presença materna não seja viável, ou em virtude de falecimento da mãe ao longo da licença maternidade, ou em virtude de enfermidade grave, ou ainda em casos de abandono, o pai não possui o direito a continuar o período da licença, apesar de constitucionalmente ambos possuem os mesmos direitos e deveres na sociedade conjugal. Em relação a essa questão da licença-paternidade, há alguns projetos de lei para, pelo menos, diminuir essa diferença entre as licenças, porém, ainda há uma distância no que diz respeito à chamada licença parental.

Há o Projeto de Lei 3.935, que aumenta o período de licença-paternidade para quinze dias e estende o direito ao pai adotante. O Projeto de Lei nº 4.853 de 2009 aumenta a licença-paternidade para trinta dias, com a justificativa de que muitas mulheres não possuem ninguém para compartilhar esse primeiro momento da vida do filho, não contando com parentes ou coma possibilidade de contratação de trabalhadores domésticos. O apoio do homem seria importante tanto nos cuidados com o filho recém-nascido, como nos cuidados com a casa e com eventuais filhos existentes. Além dessa perspectiva prática, o projeto de lei também reconhece a importância da presença do pai nesses primeiros momentos de vida da criança, estimulando a participação direta dos homens na educação dos filhos. O projeto de lei ainda faz referências à campanha “Dá licença, eu sou pai”, criada pela Rede de Homens pela Equidade de Gênero, pelo Instituto Papai e pelo

Núcleo de Pesquisas em Gênero e Masculinidade, que divulgava a licença paternidade entre os homens, estimulando que eles notificassem o empregador o nascimento do filho. Por fim, o Projeto de Lei 6.753 de 2010 parece ser até o presente momento o mais avançado, pois já apresenta a expressão “licença parental”, equiparando a licença paternidade à licença maternidade, possibilitando, ainda, que o pai usufrua do período de licença restante à mãe nos casos de enfermidade grave, morte da mãe e abandono, com a seguinte redação:

Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescida dos seguintes dispositivos:

Art. 393 A. Ao empregado é assegurada a licença-paternidade por todo o período da licença-maternidade, ou pela parte restante que dela caberia à mãe, em caso de morte, de grave enfermidade ou do abandono da criança, bem como nos casos de guarda exclusiva do filho pelo pai.

Nesses moldes, seria possível afirmar que as relações tanto na família quanto no mundo do trabalho seriam alteradas. Sendo assim, parece mais subversiva a proposta de licença parental do que a simples reivindicação de licença-maternidade de cento e oitenta dias, pois essa atende ao interesse da criança, de maior contato com pelo menos um dos progenitores, mas reafirma que, em última instância, o dever de cuidar dos filhos, especialmente recém-nascidos, é tarefa materna. A distribuição de tarefas com filhos e com a casa entre o casal ajuda a mulher a superar os problemas no mercado de trabalho, tanto para ingressar nele, quanto para que a sua carreira tenha um crescimento. Ao mesmo tempo em que há esses projetos de lei no Congresso Nacional, os homens passaram a reivindicar a licença judicialmente. O caso mais recente em relação ao tema foi o do policial José Joaquim dos Santos. Sua esposa faleceu alguns dias após o nascimento do filho, em virtude de complicações decorrentes do parto e o policial ficou encarregado de cuidar de um recém-nascido e outra criança de dez anos de idade. O servidor tentou uma licença pelo período de noventa dias na Coordenadoria de Recursos Humanos da Polícia Federal, mas teve o pedido negado. Em virtude disso, seu advogado impetrou mandado de segurança e a juíza da 6ª Vara Federal de Brasília, Ivani Silva da Luz, concedeu liminar para que ele pudesse usufruir do restante da licença da esposa³.

³ Referências a esse caso podem ser encontradas em diversos sites, entre eles:

Por fim, o último tema a ser apontado entre as discussões sobre gênero na Assembleia Constituinte que foram retomados posteriormente foi a violência doméstica contra a mulher. Na verdade, se comparada a outros temas de gênero, na verdade, a violência doméstica não esteve presente com tanta intensidade. Porém, a violência contra a mulher, pouco tempo antes da Constituinte, havia passado a ser uma preocupação entre as feministas, especialmente após alguns casos importantes acontecidos no final da década de 1970, como o homicídio de Ângela Diniz, em 1976, por seu namorado Doca Street ou o caso de Eliane Grammont, morta por Lindomar Castilho, seu ex-marido, em 1981. Casos como esses ensejaram a campanha “Quem ama não mata” pelo movimento feminista. Além desses crimes, em 1983 o marido de Maria da Penha, Heredia Viveiros, tentaria matá-la, iniciando o caso que seria levado posteriormente, em 1998, pelo CEJIL – Centro para a Justiça e o Direito Internacional – e pelo CLADEM – Comitê Latino-Americano do caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Esse era parte do contexto sobre violência contra a mulher pouco antes da Assembleia Constituinte. Sendo assim, apesar da demora em enfrentar o problema, o movimento feminista passaria a ter também como pauta o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, pois culminavam, muitas vezes, com a tentativa de homicídio, ou até sua consumação.

Apesar do tema não ter provocado grandes debates na Assembleia Constituinte, salvo as falas controversas de Constituintes que justificaram o estupro a partir do comportamento da mulher, a Constituição trouxe dispositivo referente à coibição da violência entre os membros da família, no §8º do artigo 226, com a seguinte redação: “O Estado assegurará, a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Nesses termos, o estado se comprometia a não permitir a perpetuação da violência de doméstica e familiar contra a mulher. Porém, o fato é que ao longo de um tempo, o tratamento legal dado à violência doméstica era inadequado para esse tipo de conflito. Um dos problemas desse tipo de violência era que, em regra, elas configuravam, isoladamente, os crimes de

< <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/policial-consegue-licenca-paternidade-de-seis-meses>>
 < <http://www.asper.org.br/ler.php?pid=33>>
 <http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2012/02/noticias/minuto_a_minuto/nacional/1119433-justica-garante-licenca-paternidade-de-seis-meses-a-policial.html>

lesão corporal leve, ou ainda ameaça. O tratamento da questão da violência doméstica era, portanto, a partir da Lei 9.099/1995, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, que tinham trazido para o ordenamento jurídico pátrio diversas medidas despenalizadoras, como o acordo, a transação penal e a possibilidade de sursis processual, bastante interessantes para os casos em que autor do fato e vítima não tinham contato e não compartilhavam um cotidiano de violência.

Nos crimes de violência doméstica, era comum a mulher não procurar ajuda em sede policial nas primeiras vezes em que sofria agressão, sempre com a esperança de que essas agressões tivessem fim de forma espontânea ou então com o receio de que se tomasse alguma providência as agressões piorassem⁴. Ao procurar ajuda, caso não desistisse de levar a demanda adiante em virtude do tratamento inadequado recebido em delegacias, a vítima era surpreendida com a proposta da transação penal por parte do Ministério Público estadual, que em regra se traduzia no pagamento de cestas básicas a alguma instituição determinada, o que permitia que autor do fato continuasse com as agressões, ao mesmo tempo em que desencorajava a mulher a procurar novamente a resolução do conflito no Poder Judiciário. Esse quadro fazia com que os movimentos feministas reivindicassem uma legislação específica para o tratamento da violência doméstica, essa forma peculiar de violência, que implicava em agressões, em regra, ocorridas naquele espaço no qual qualquer um deveria se sentir seguro, praticada por alguém que não era desconhecido, ao contrário, por alguém que, a princípio, estava ao seu lado e compartilhando uma vida em comum, ou, ao menos que já houvesse passado por esse momento.

É com esse quadro de reivindicações de tratamentos mais adequados à violência doméstica, em conjunto com a demora no Brasil de uma solução final pelo Poder Judiciário para o caso Maria da Penha, que se elaborou a Lei 11.340/2006, denominada como Lei Maria da Penha. O nome da lei era uma homenagem à vítima, Maria da Penha, em virtude de ter sido o seu caso aquele escolhido para levar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a situação

⁴ Nesse sentido é o próprio depoimento de Maria da Penha. Disponível em <http://www.agende.org.br/docs/File/convencoes/belem/docs/Caso%20maria%20da%20penha.pdf>. P. 2. O fato ocorreu antes mesmo da Lei 9.099/1995, porém, em seu depoimento, Maria da Penha afirmava ter receio de que se pedisse o divórcio a sua situação piorasse com o marido. Por isso, preferia não tomar qualquer medida.

pouco séria na qual o tema da violência doméstica era tratado no País. Nesses termos, sem ingressar nas discussões sobre a referida lei, por não ser esse o objetivo do presente trabalho, cabe ressaltar que a Lei 11.340/2006 era resultado e diversas audiências públicas realizadas pela Secretaria Especial de Políticas Mulheres em diferentes assembleias legislativas pelo país e refletia as recomendações realizadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos para que o Brasil de fato combatesse a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Apesar do elevado grau de legitimidade, decorrente de ampla participação da sociedade civil nos debates para a sua elaboração, assim como a aprovação por unanimidade no Congresso nacional, ela enfrentou resistências entre os juristas brasileiros, que de início, em uma interpretação equivocada, que desconsiderava o conceito de uma ação afirmativa, viam nela uma forma de ferir o princípio da igualdade, porque tratava desigualmente a violência doméstica cometida contra homens e contra mulheres e, por isso, deveria ser considerada inconstitucional. Ocorre que, se considerado o dispositivo constitucional que afirmava que o Estado asseguraria mecanismos para coibir a violência, na verdade, o que violava a Constituição não era a Lei 11.340/2006 e sim todo o período anterior à sua elaboração, no qual a violência doméstica sujeitava muitas mulheres a situações de desigualdade e de violência no interior de suas casas e de suas famílias. Nesses termos, a Lei Maria da Penha surgiu para concretizar essa assistência que o estado estava obrigado a prestar nessas relações. Talvez a violência doméstica e familiar contra a mulher seja o ápice da objetificação da mulher, na qual a sua integridade física é tomada como pertencente a um homem de sua família, marido, companheiro, pai, ou outro, que se considera como detentor de um direito no qual ele pode dispor até mesmo da violência física com o intuito de garantir que aquela mulher “não saia de seu devido lugar”, devolvendo-a à sua posição natural, ainda que isso implique na própria eliminação física daquela mulher.

O que se pretendeu nesse item foi mostrar como os debates nas Subcomissões se refletiram no texto constitucional e em que termos eles estavam sendo retomados e voltavam através das demandas populares, ou então por meio de esforços conservadores para tentar implementar um retrocesso não conseguido na Constituinte. Os temas se repetiam, os argumentos se repetiam. Alguns conseguiram avanços notórios, outros ainda merecem cautela, pois colocar em

pauta pode implicar na perda de direitos conquistados há algum tempo. Nesse percurso, não havia como ingressar e detalhar cada um desses temas, pois tal medida implicaria, provavelmente, em novos trabalhos. O que se buscou, portanto, foi mapear como esses temas estão sendo compreendidos atualmente e de que forma essas performances de gênero se reproduziram até o presente momento, inclusive por dentro do ordenamento jurídico, fazendo uso de sua força institucional para garantir o sucesso dessa empreitada, e como elas são ressignificadas através da atuação de movimentos sociais, que pretendem também interferir nesse mesmo ordenamento jurídico para instituir novos atos performativos, atos performativos subversivos.